



"Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste"

Martin, Denis

Abstract

Exhaustive analysis of the Court of Justice's case-law, since 1954 and by key periods, on the notions of equality, discrimination, direct and indirect, and obstacle. State of play in 2005. In depth analysis of the case-law of the European court of Human Rights, the US Supreme Court, the Canada Supreme Court and the High Court/Federal Court of Australia on the notions of equality and discrimination. Useful lessons which can be drawn from the comparison in order to suggest possible solutions to remedy the current flaws of the Court of Justice's jurisprudence.

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Martin, Denis. *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*. Prom. : Fallon, Marc

~~ID 041~~
ED 431

Université catholique de Louvain



Faculté de droit

EGALITE ET NON-DISCRIMINATION
DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE
ETUDE CRITIQUE A LA LUMIERE D'UNE APPROCHE
COMPARATISTE

Denis MARTIN

Dissertation présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Promoteur : Professeur Marc FALLON

Louvain-la-Neuve

2005

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE 12

I^{ère} PARTIE

Le juge et le législateur communautaires 17

Section préliminaire Origine du principe d'égalité et ses expressions spécifiques dans le traité CE 18

Chapitre I : L'élaboration des concepts – Développement de la jurisprudence traditionnelle (1955-1986) 32

Section 1	Traité CECA et premiers pas dans le traité CEE (1955-1968)	32
Section 2	Consécration de la jurisprudence « traditionnelle » (1969 – 1979)	44
Section 3	Premières ruptures avec la jurisprudence traditionnelle (1980-1986)	63

Chapitre II : La perte des repères – l'avènement de l'approche casuistique (1986 – 2005) 85

Section 1	Le 4 décembre 1986, date pivot dans la jurisprudence ?	85
Section 2	De la discrimination à l'entrave dans la libre circulation, les années charnières (1987-1993)	92
Section 3	De la discrimination à l'égalité ? Les années de quête (1994-2005)	116
Section 4	Le Constituant et le législateur communautaires : avancées et occasions manquées	177

II^e PARTIE

La jurisprudence d'autres cours suprêmes 199

Chapitre I - La Cour européenne des droits de l'homme 201

Section 1	Le rôle ambigu de l'article 14 de la CEDH	203
Section 2	L'approche casuistique de la Cour européenne	231

Chapitre II - La Cour suprême des Etats-Unis 260

Section 1	Le XIV ^e Amendement à la Constitution, une protection constitutionnelle hiérarchisée de l'égalité	262
Section 2	Civil Rights Act, ADEA et ADA, les méandres de l'interdiction des discriminations	316

Chapitre III - La Cour suprême du Canada 355

Section 1	Le rejet de l'approche aristotélicienne	358
Section 2	La reformulation de la méthode fondée sur l'atteinte à la dignité humaine	382

Chapitre IV – La High Court et la Federal Court australiennes 410

Section 1	La discrimination <i>directe</i> : une approche différenciée selon le motif	416
Section 2	La discrimination <i>indirecte</i> : une approche fort subjective	428

III^e PARTIE

Evaluation critique de l'approche comparatiste 440

Chapitre I : Enseignements essentiels 441

Section 1	Mérites et limites	441
Section 2	De l'égalité à l'équité	460
Section 3	Structure du raisonnement	475
Section 4	Egalité et non-discrimination : place et portée	505

Chapitre II - Propositions pour une nouvelle approche 530

Section 1	Egalité ou non-discrimination ?	530
Section 2	Redéfinition des concepts et du rôle de la Cour de justice	537

CONCLUSION

INTRODUCTION

Rien n'est à la fois plus fascinant et plus trompeur que l'égalité. Dans ses conclusions présentées dans le cadre du premier arrêt de la Cour de justice sur l'interprétation du concept de discrimination dans le traité CEE, l'avocat général Lagrange résumait en termes saisissants tout l'attrait que provoque ce principe, mais également les pièges et les dangers que son maniement recèle¹. *Isonomia* – l'égalité devant la loi – est le terme qui sert à distinguer le régime démocratique et semble avoir précédé dans le vocabulaire politique le mot *démokratia*² lui-même. Le principe d'égalité est donc nécessairement une constante du processus de modernisation auquel sont soumises toutes les sociétés³. La revendication de l'égalité devant la loi est même, selon H. Lauterpacht⁴, le plus fondamental des droits de l'homme. Il est par conséquent normal qu'il ait d'emblée figuré au cœur des réflexions de la Cour de justice dès les premiers pas de sa jurisprudence. Comme le souligne R. Hernu⁵, égalité de traitement et non-discrimination constituent une condition nécessaire au développement des échanges entre Etats. Il n'y a pas, sur ce point, une invention caractéristique des Communautés européennes.

Mais s'il est au consubstantiel à la construction européenne, et que la Cour de justice a affirmé qu'il constitue dès lors un principe supérieur de droit, le principe d'égalité devant la loi existe-t-il réellement en droit communautaire ? Une analyse de cinquante années de jurisprudence pourrait conduire à une réponse négative, en tout cas dans les domaines « nobles » dans lesquels le principe a si souvent été rappelé, libertés fondamentales et égalité entre hommes et femmes. Ainsi, si le principe d'égalité est réellement un principe supérieur de droit, comment admettre que la Cour de justice ait pu affirmer que, dès lors que le refus d'une réduction sur le prix des transports à des concubins de même sexe ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe, pareille différence de traitement n'est pas contraire au droit communautaire (arrêt *Grant*) ? En arrêtant là son analyse⁶, et en refusant d'examiner si ce refus ne viole pas l'égalité entre travailleurs en fonction d'un autre critère, en l'occurrence l'orientation sexuelle, la Cour de justice donne-t-elle encore réellement toute sa portée à l'affirmation que l'égalité est un principe supérieur de droit à la lumière duquel doit être interprétée toute disposition du droit communautaire ? De même, en insérant, en 1997, dans le traité la possibilité de combattre les discriminations fondées, notamment, sur la race ou l'origine ethnique, le Constituant a

¹ Arrêt *Gouvernement de la République italienne c. Commission* de 1963, p. 386.

² G. Ténékidès, « La Cité d'Athènes et les droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de G. Wiarda – Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag, 1988, pp. 605 et 616.

³ O. Dann, « Le mot d'ordre d'égalité dans le mouvement ouvrier allemand du 19^e siècle », *L'égalité*, vol. V, Bruylant, 1977, pp. 245 et 247.

⁴ *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945, p. 115

⁵ *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003, p. 2.

⁶ J. Kenner, *EU Employment Law – From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, 2003, p. 439, parle de la superficialité de l'approche de la Cour.

donné l'impression qu'avant cette date un ressortissant d'un Etat membre qui, en exerçant son droit à la libre circulation aurait été traité différemment en fonction de son origine ethnique, sans pouvoir faire valoir une discrimination, même indirecte, sur la nationalité n'aurait pu trouver aucun secours dans le principe d'égalité.

Mais prétendre que le principe d'égalité n'existerait pas en droit communautaire serait erroné. Les auteurs du traité ont consacré explicitement plusieurs de ses *expressions spécifiques*, que représentent les interdictions des *discriminations* fondées sur le sexe ou la nationalité et, depuis plus récemment, sur la race, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap et l'âge. Le droit communautaire semble donc connaître un *principe théorique* d'égalité et des *expressions pratiques* de non-discrimination.

La question qui se pose alors est de savoir quelle est la relation entre *égalité* et *non-discrimination* en droit communautaire. La plupart des auteurs⁷ considèrent que ces deux expressions sont interchangeables et qu'elles constituent les deux faces d'une même réalité. Il est vrai que c'est le constat auquel mène une lecture des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal. Ainsi, en 2005, la Cour a expressément réaffirmé que ces deux expressions sont « *deux désignations d'un même principe général du droit communautaire* »⁸. Mais ce constat n'est que partiellement exact, ainsi que l'illustre le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt *Grant*. L'attitude du Tribunal n'est pas non plus dépourvue d'ambiguïtés, particulièrement dans le contentieux de la fonction publique. Dans l'arrêt *Hirsch* (point 51), il parle du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, mais affirme dans l'arrêt *D.* (point 22) qu'il examine une prétendue violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, et dans l'arrêt *Breton* (point 99) il évoque le principe d'égalité ou de non-discrimination ! Le Statut des fonctionnaires CE ne connaît pourtant qu'un principe de *non-discrimination* fondé sur un nombre précis de griefs. Or, dans sa jurisprudence, le Tribunal applique manifestement un principe *d'égalité devant la loi*⁹.

Les affirmations formulées par la Cour de justice et le Tribunal sur le principe d'égalité et sur ses relations avec ses expressions spécifiques que sont les interdictions de discrimination fondée sur certains motifs¹⁰ sont parfois empreintes d'ambiguïté. Sa jurisprudence appliquant ces différentes interdictions de discrimination oblige également à s'interroger sur l'existence, en droit communautaire, d'un principe de non-discrimination.

⁷ S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – Etude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 17 et 18.

⁸ Arrêt *Europe Chemi-Con c. Conseil et Commission*, point 33.

⁹ Alors juge au Tribunal, K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire - Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, pp. 3 et 34, évoquait l'application « d'un principe non écrit qui est d'application générale ».

¹⁰ Que A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Droit social*, 2004, pp. 694 et 695, qualifie de motifs « mis hors la loi ».

Depuis l'arrêt *Sotgiu*, de 1973, rendu dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour de justice a fermement établi que différentes dispositions du droit communautaire prohibent non seulement les discriminations directes, ostensiblement fondées sur un grief explicitement prohibé par le traité ou le droit dérivé, mais également les discriminations indirectes, déguisées derrière des mesures d'apparence neutre, indistinctement applicables, mais aboutissant, dans leurs effets, à désavantager un groupe particulier (les étrangers, les femmes, les produits originaires d'un autre Etat membre ,...). Mais à côté de l'affirmation de ce *principe unique*, la Cour de justice a élaboré des *raisonnements différenciés* dans différents domaines du droit communautaire pour établir si une mesure d'apparence neutre est *indirectement* discriminatoire.

Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, elle a affirmé en 1981 (arrêt *Jenkins*, point 13) que le constat d'une discrimination indirecte exige le rapport de la preuve que la mesure neutre affecte un nombre considérablement plus important de femmes que d'hommes. Pareille exigence d'une preuve quasi statistique ne se retrouvait pourtant pas dans l'arrêt *Sotgiu*. Elle a été empruntée par la Cour de justice à la jurisprudence de la Cour suprême US (arrêts *Griggs v. Duke Power* et *Dothard v. Rawlinson*). Cette divergence d'approche dans l'appréhension du même concept, la discrimination indirecte, selon son domaine d'application - ce que K. Lenaerts a qualifié d'*apparences multiples d'un principe unique* - peut toutefois être également constatée à l'intérieur d'un même domaine d'application, lorsque l'on retrace l'évolution de la jurisprudence. Ainsi, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, suite à l'arrêt *Sotgiu*, un travailleur ressortissant d'un autre Etat membre pouvait se prétendre la victime d'une discrimination indirecte par rapport aux travailleurs nationaux s'il pouvait établir l'existence de celle-ci à son égard. Après l'arrêt *O'Flynn* de 1996, une telle discrimination dans ce domaine est constatée si la mesure en cause est *susceptible* d'affecter davantage les ressortissants des autres Etats membres que les nationaux.

C'est cette « nouvelle » définition de la discrimination indirecte dans la libre circulation des travailleurs - et non celle alors en vigueur dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes - qui a inspiré les rédacteurs des directives 2000/43 et 2000/78¹¹ qui interdisent les discriminations, notamment indirectes, fondées sur la race, la religion, le handicap, l'orientation sexuelle et l'âge. On pourrait se demander pourquoi. Clairement guidé par le souci d'adopter la définition la plus favorable à la victime de la discrimination, le législateur ne s'est pas interrogé sur la pertinence d'aligner, en tous points, en ce compris la possibilité de la justifier, la définition de la discrimination indirecte fondée sur l'âge ou l'orientation sexuelle sur celle de la discrimination fondée sur la nationalité,

¹¹ Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 23) ; directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, du 2 décembre 2000, p. 16).

laquelle constituait la pierre angulaire de la construction européenne. Ou si sur ce point, la race et les autres motifs constituent des critères de classification appelant les mêmes possibilités de justification. Cette prise de position le conduisit toutefois à faire connaître une évolution parallèle, encore qu'imparfaite¹², à la définition, consacrée pourtant cinq ans auparavant sur le plan législatif¹³, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes.

Si la formulation des différentes définitions de la discrimination indirecte n'a, pendant longtemps, pas été la même, la jurisprudence de la Cour de justice montre aussi que son approche à l'égard des causes de justification de ces discriminations – qui constitue, de plus en plus, la seule étape de son raisonnement – continue à diverger selon les domaines. Elle se montre beaucoup plus réceptive aux arguments – raisons impérieuses – avancés par les Etats membres pour justifier les différences de traitement fondées *indirectement* sur le sexe (arrêt *Molenbroeck*) que sur la nationalité des personnes, des services ou des produits¹⁴. Cette souplesse doit pourtant être contrastée avec celle qu'elle adopte lorsqu'elle est confrontée à des discriminations *directement* fondées sur le sexe ou la nationalité. Alors qu'elle a toujours refusé d'examiner les causes de justification avancées pour justifier celles fondées sur le sexe (arrêt *Evrenopoulos*) ou sur l'origine des produits (arrêt *Pistre*), sa jurisprudence a radicalement changé lorsqu'elles sont fondées sur la nationalité de la personne (arrêts *Bosman* (travailleurs) et *Lindman* (services)) ou le siège d'établissement¹⁵ d'une entreprise (arrêt *Futura Participations*).

Pourquoi ces approches différenciées selon les domaines ? Pourquoi cette asymétrie de raisonnement selon qu'elle est face à une discrimination directe ou indirecte ? La Cour de justice est silencieuse et l'analyse de sa jurisprudence ne permet pas de fournir une réponse sûre à ces questions.

Cette (r)évolution silencieuse¹⁶ de sa jurisprudence sur le caractère justifiable des discriminations dans le domaine de la libre circulation des personnes et la libre prestation des services constitue un des éléments essentiels du débat entourant aujourd'hui le concept de discrimination en droit communautaire. *Qu'est-ce qui peut justifier une discrimination indirecte entre travailleurs nationaux*

¹² La formulation de la nouvelle définition de la discrimination indirecte dans ce domaine par la directive 2002/73, laquelle modifie la directive 76/207, n'est, en tout cas dans la version française, pas identique à celle que l'on retrouve dans les directives 2000/43 et 2000/78 ; voy. *infra*, I^{ère} Partie, chap II.

¹³ Directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO L 14 du 20.1.1998, p. 6).

¹⁴ Sauf lorsque cet argument concerne la santé publique ; arrêt *Bacardi France*.

¹⁵ Lequel sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre, arrêt *Commission c. France* (« avoir fiscal »), point 18.

¹⁶ Alors même que, comme le souligne la *Court of Appeal* britannique, il devient de plus en plus difficile dans le domaine de l'interdiction des discriminations de « distinguer le bon grain de l'ivraie » en présence d'arguments de plus en plus sinueux et complexes, de sorte que les décisions « brèves et vives » des débuts ne sont plus de mise, *J. Rutherford v. Secretary of State for trade and industry*, opinion du Lord Justice Mummery, para. 3 ([2004] EWCA Civ 1186).

et travailleurs communautaires ? Rien, selon l'article 39, paragraphe 2, du traité ; seulement l'un des motifs expressément visés par l'article 39, paragraphe 3, du traité, affirme la Cour de justice dès 1969¹⁷ ; n'importe quelle raison impérieuse d'intérêt général ajoute la même Cour depuis le début des années nonante. Le silence de la Cour est d'autant plus assourdissant que cette évolution s'est aujourd'hui étendue à la justification de la discrimination *directe* dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, ... mais non de la libre circulation des marchandises.

Les divergences de la jurisprudence, selon les domaines, ou les évolutions parfois radicales de celle-ci, à l'intérieur d'un même domaine, conduisent à s'interroger sur le concept même de discrimination en droit communautaire. Ces interrogations sont alimentées notamment par une constatation et une évolution législative. La constatation, c'est que ces changements jurisprudentiels n'ont, sauf cas exceptionnels¹⁸, fait l'objet d'aucune motivation. La Cour de justice adopte un raisonnement de plus en plus casuistique suscitant la perplexité et les questions, non seulement de la doctrine, mais également de certains de ses avocats généraux. Ainsi, dans ses conclusions dans l'affaire *Kohll*, l'avocat général Tesauro parle-t-il de l'« ambiguïté » (point 50) et du « manque de clarté » (point 49), d'une « jurisprudence qu'il serait utile de repenser » (point 50). L'évolution législative résulte de l'interdiction de nouveaux griefs de discrimination par les directives 2000/43 et 2000/78 et de l'insertion dans la Constitution d'une disposition (article II-80)¹⁹, consacrant, enfin, en droit communautaire, un vrai principe d'égalité devant la loi, assorti d'une interdiction d'une série impressionnante de motifs de discrimination (article II-81, paragraphe 1)²⁰, sans que les liens entre ces deux articles ne soit précisés.

Confrontée aux nouveaux défis que posent les questions liées à ces nouveaux motifs prohibés de discrimination – *comment définir l'origine ethnique ? Comment apprécier le concept « d'aménagement raisonnable » ? Un harcèlement sexuel est-il nécessairement discriminatoire ? ...* – la Cour de justice peut-elle encore réellement se permettre d'adopter des solutions au cas par cas, en ne fournissant pas d'assises théoriques plus solides aux solutions qu'elle donne, sans courir le risque de confirmer l'impression de chaos que peut parfois donner sa jurisprudence actuelle ?

¹⁷ Arrêt *Ugliola*, point 6.

¹⁸ La Cour de justice a motivé dans *Keck* les raisons justifiant le retour sur *Dassonville* dans le domaine de la libre circulation des marchandises, et dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes elle a expliqué dans *Brown* pourquoi elle devait aboutir à une conclusion opposée à celle atteinte une année plus tôt dans *Larsson*.

¹⁹ « Toutes les personnes sont égales en droit ».

²⁰ Article II-81, paragraphe 1 : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Les concepts d'égalité et de non-discrimination sont donc plus que jamais en quête de sens et d'identité.

Si le principe d'égalité peut être trompeur – sur sa signification réelle par exemple – il est avant tout fascinant²¹ pour la Cour de justice également. La tentation est dès lors parfois grande pour la Cour de statuer *en équité*, c'est-à-dire en visant non le *juste légal*, mais ce qui lui semble être juste. Il paraît difficile d'échapper à cette *tentation de l'équité*. Le principe d'égalité constitue en effet un foyer important de tension, entre le législateur et le juge, dans nos sociétés contemporaines²². Comme le rappelait P. Mertens²³, la rupture de l'égalité suppose, pour être admise ou rejetée, le recours à des conceptions et des valeurs souvent extérieures à la loi examinée, et livrée à la diversité des préférences ou convictions personnelles.

Et lorsque le législateur n'a pas pleinement expliqué les motifs de ses choix, et donc la hiérarchie des valeurs qu'il a entendu promouvoir, et que par conséquent il n'est pas toujours aisé d'établir si les distinctions établies entre les différents motifs prohibés de discrimination sont le résultat de choix raisonnés ou si elles ne font que refléter des incohérences injustifiées, le juge peut se retrouver nu dans l'exercice de sa fonction d'arbitre et tout l'effort de sa rhétorique juridique pour masquer cette absence normative risque alors d'être regardé comme n'étant qu'une fourbe entreprise de travestissements des motifs²⁴. Dans une telle situation, souligne P. Martens²⁵, le juge va utiliser dans l'exercice de son contrôle juridictionnel une *arme à structure molle*, le principe de proportionnalité. Mais cette arme se révèle souvent difficile – voire dangereuse – à manier. En effet, comme le demande le même auteur (p. 775), aussi hauts placés soient-ils, des juges ont-ils une légitimité suffisante pour tracer la frontière de certains comportements ou le bien-fondé de certains objectifs ? Lorsqu'ils interprètent les principes d'égalité et de non-discrimination, les juges risquent donc souvent de faire face aux accusations d'activisme judiciaire ou de gouvernement des juges²⁶ ou, au contraire, de succomber à l'inévitable

²¹ « L'égalité apparaît, à tous ceux qui y aspirent dans leur misère et leur détresse, comme un fantasme pernicieux en même temps qu'un rêve fou ! », J. Robert, « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 3.

²² J. Robert, *loc. cit.*

²³ « Égalité et droits de l'homme : de l'homme abstrait à l'homme situé », *L'égalité*, vol.IV, Bruylant éd., 1975, pp. 266 et 272, citant Ph. Vegleris, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, tome I, Bruylant – L.G.D.J., 1972, p. 567.

²⁴ P. Martens, « Égalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré – commentaires de l'arrêt *Fretté* », *J.L.M.B.*, 2002, pp. 775 et 788.

²⁵ P. 786.

²⁶ J. Robert, *op. cit.*

réalisme qui leur fait concéder aux Etats une marge d'appréciation trop grande pour déterminer dans quelle mesure telles différences de situation justifient telles différences de traitement juridique²⁷.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination doit dès lors nécessairement intégrer ce paramètre de subjectivité. Mais de même que cette analyse *juridique* ne peut se limiter à se prononcer pour ou contre la solution retenue, le juge ne peut asseoir celle-ci sur sa seule vision subjective de la valeur véhiculée par l'interdiction de discrimination en cause.

La jurisprudence actuelle sur l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, comme celle relative aux mesures d'action positive dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, ne semblent pourtant pas pouvoir échapper à une telle critique.

L'approche casuistique appliquée par la Cour de justice rend plus difficile la mise en perspective de sa jurisprudence. Entre l'arrêt *Ugliola*, de 1969, dans lequel elle affirma que « *l'article [39] du traité lui-même ne permet pas qu'en dehors des cas expressément visés à son paragraphe 3 des Etats puissent déroger à l'égalité de traitement ou à l'identité de protection voulues par le traité entre tous les travailleurs de la Communauté, en établissant indirectement, au profit des seuls ressortissants nationaux, une discrimination en fonction des obligations militaires* », et l'arrêt *Wallentin*, de 2004, dans lequel elle déclare qu'un refus d'abattement fiscal aux personnes partiellement assujetties constitue une discrimination interdite par l'article 39 (point 20), puis examine immédiatement les raisons impérieuses avancées par les autorités suédoises pour justifier cette *discrimination* (point 21)²⁸, trente-cinq années se sont écoulées. Les principes affirmés dans ces deux arrêts sont irréconciliables. Pourtant la Cour de justice n'a jamais pris le soin de donner la moindre motivation sur le pourquoi d'une telle modification radicale de sa jurisprudence.

Ce qui est vrai pour la libre circulation des travailleurs, l'est de manière générale pour la libre circulation des personnes, physiques et morales, et la libre prestation des services. Mais ce l'est aussi pour les marchandises. Si, dans *Keck*, la Cour de justice a expliqué pourquoi elle estimait qu'il y avait lieu de revoir la formule donnée dans *Dassonville* de l'entrave interdite dans le cas des mesures portant sur des modalités de vente, sa jurisprudence ultérieure fut souvent si peu claire que la doctrine

²⁷ H. Surrel, « Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 2003 », *Rev.trim. dr. h.*, 2004, p. 721.

²⁸ Les conclusions de l'avocat général Léger sont encore plus explicites, quand il déclare qu'il « *convient à présent d'examiner si une telle discrimination indirecte peut être justifiée* » (point 39).

s'interroge toujours sur les conséquences de cet arrêt sur la notion d'entrave, pourtant centrale, dans la libre circulation des marchandises²⁹, mais aussi la libre prestation des services³⁰.

Une (re)mise en perspective historique est dès lors utile pour comprendre la (les ?) jurisprudence(s) actuelle(s) sur la notion de discrimination. Elle est indispensable si l'on veut débusquer les incohérences à l'intérieur d'un même domaine³¹ ou questionner les raisonnements asymétriques tenus dans différents domaines.

Retracer l'évolution historique de la jurisprudence est nécessaire pour mettre en lumière les incertitudes, nées de l'approche casuistique de la jurisprudence récente, concernant les relations entre égalité et non-discrimination, ou entre discriminations directe et indirecte, et l'approche asymétrique suivie par la Cour de justice dans le raisonnement adopté à l'égard de celles-ci dans les divers domaines du droit communautaire. Cette mise en perspective paraît d'autant plus essentielle que la Cour de justice est maintenant chargée d'interpréter l'interdiction de nouveaux griefs de discrimination (race, religion,...), ce qui compliquera encore sa tâche, mais amplifiera également le risque d'asymétrie et de confusion jurisprudentielles.

La mise en perspective historique, si elle permet de mieux appréhender la jurisprudence actuelle, ne peut en revanche faire échapper celle-ci au constat d'une incohérence croissante, dans les solutions comme dans le raisonnement, résultat d'une méthode excessivement casuistique. De ce constat peut naître une question : *les cours suprêmes d'autres ordres juridiques connaissent-elles les mêmes problèmes dans leur interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination existant dans leur ordre juridique ?* Aucun ordre juridique ne peut en effet esquiver la question de la non-discrimination entre ses sujets. Les problèmes auxquels la Cour de justice s'est trouvée confrontée sont donc sensiblement les mêmes que ceux auxquels ont dû (et continuent de) faire face les juridictions suprêmes de différents autres ordres juridiques. *Ces cours suprêmes ont-elles toutes développé la*

²⁹ A. Dashwood, « Non-discriminatory trade restrictions after *Keck* », *Cambridge Law Journal*, 2002, p. 35; A. Kaszowska, « *Gourmet can have his Keck and eat it!* », *10 European Law Journal*, (2004), p. 479.

³⁰ W.H. Roth, « The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is *Keck* Relevant ? » in *Services and Free Movement in EU Law*, M. Andenas et W.H. Roth éd., OUP, 2002, p. 1.

³¹ Ainsi à propos du prix d'entrée différent dans les musées selon l'éloignement du lieu de résidence habituelle des lieux visités. Selon la Cour, le tarif différent pratiqué entre personnes résidant en Espagne et touristes résidant à l'étranger pour l'entrée dans les musées nationaux est contraire à l'article 49 du traité, car il affecte essentiellement les ressortissants communautaires et risque de les dissuader d'exercer leur droit à la libre circulation (arrêt *Commission c. Espagne* (« accès aux musées » - C-45/93)). Selon l'avocat général Jacobs, en revanche, un tarif différent appliqué pour visiter les ruines de Pompéi selon que les touristes sont ou non résidents dans la région de Naples ne serait pas contraire à l'article 49, car il ne serait pas susceptible de jouer essentiellement au détriment des ressortissants communautaires (point 38 de ses conclusions dans l'affaire *Bickel*). G. Davies, « « Any Pace I Hang my Hat ? » or : Residence is the New Nationality », *11 European Law Journal*, (2005), pp. 43 et 46, partage le point de vue de l'avocat général Jacobs. Pareille divergence d'approche tient, notamment, au fait que la Cour s'érige de plus en plus en juge de ce qui peut ou non dissuader un migrant d'exercer son droit à la libre circulation, comme travailleur ou comme touriste. Or, comme le dit S. Robin-Olivier, p. 269, il s'agit là d'une caractéristique difficile à apprécier.

notion de discrimination indirecte et lui ont-elles donné une signification unique, quel que soit le motif de distinction en cause, ou son auteur (Etat ou particulier) ? Tous les motifs de distinction font-ils l'objet d'une même approche ou ces cours ont-elles identifié certains critères appelant un contrôle juridictionnel plus strict ? Quelle est leur attitude vis-à-vis des actions positives, celles-ci sont-elles envisagées pour tous les groupes traditionnellement défavorisés (minorités ethniques, femmes, handicapés, ...) et le raisonnement à l'égard des discriminations que celles-ci impliquent en faveur de ces groupes est-il le même que lorsque ces cours suprême examinent la légalité des discriminations adoptées à leur encontre ?

L'envie de trouver une réponse à ces questions est indiscutablement accrue par l'insertion dans l'ordre juridique communautaire de nouveaux griefs prohibés de discrimination, lesquels, telle la race, peuvent représenter une valeur universelle.

L'analyse des jurisprudences de ces autres cours suprêmes illustre que les solutions retenues par la Cour de justice ne sont pas nécessairement celles prévalant dans d'autres ordres juridiques. La Cour de justice ne vit pas dans un vase clos; le droit communautaire est perméable, dans une certaine mesure³², dans le cadre d'une démarche volontaire³³ ou de manière parfois plus imposée³⁴, aux influences du droit national des Etats membres³⁵, de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit de certains pays tiers, tel le droit américain en matière de concurrence.

Dans le domaine des droits fondamentaux, la nécessité d'un examen de la jurisprudence de la Cour européenne³⁶ apparaît comme une évidence. D'ailleurs, la Cour de justice elle-même se réfère régulièrement à celle-ci. Mais l'interdiction en droit communautaire de nouveaux motifs de discrimination requiert de ne pas se limiter au seul espace européen. En édictant une interdiction des

³² Voy, par exemple, en ce qui concerne les rapports du droit communautaire avec le droit national, les arrêts *D.*, point 27 (à propos du concept de « mariage ») et *Nonwoven*, point 19 (à propos de la qualification d'un impôt direct comme taxe au sens du droit communautaire).

³³ Voy par exemple le renvoi opéré par l'article 288 du traité aux principes généraux communs aux droits des Etats membres.

³⁴ Comme c'est le cas à l'égard des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce. Sur le statut des règles de l'OMC dans le droit communautaire, voy, notamment, G. Zonnekeyn « The status of WTO law in the Community legal order : some comments in the light of the *Portuguese Textiles case* », *E.L.Rev.*, 2000, p. 293.

³⁵ K. Lenaerts, « Interlocking legal orders in the European Union and comparative law », *ICLQ*, 2003, p. 873.

³⁶ Ne seront pris en compte que les arrêts de la Cour européenne et non les décisions de la commission européenne des droits de l'homme. Comme l'a noté O.M. Anardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 2003, p. 14, ce n'est que lorsque la Cour européenne confirmait les tendances dégagées par la commission que les décisions de celle-ci, laquelle n'existe par ailleurs plus depuis 1998, acquéraient le statut de « jurisprudence établie ». Or, de nombreuses décisions ne furent pas soumises pour confirmation à la Cour européenne, et lorsqu'elles l'étaient, il n'était pas rare que celle-ci atteigne une conclusion totalement opposée à celle de la commission. Dans l'affaire *Vilvarajah*, par exemple, la Commission conclut, par treize voix contre une, à la violation de l'article 13 (droit à un recours effectif), alors que la Cour européenne conclut à l'absence d'une violation de cette disposition par sept voix contre deux !

discriminations fondées sur la race, laquelle est effective depuis 2003, le législateur communautaire a près de trente ans de retard sur le législateur australien³⁷ et près de quarante sur celui des Etats-Unis³⁸ !

Une lecture, même superficielle, de cette jurisprudence européenne ou « mondialiste »³⁹ permet vite de se rendre compte que certaines affaires dans lesquelles la Cour de justice est invitée à appliquer le principe de non-discrimination soulèvent des questions juridiques, et de société, universelles. Les réponses apportées sont pourtant parfois très différentes, dans le résultat et/ou dans le raisonnement suivi.

Ainsi, et pour se limiter à ces seuls exemples frappants à ce stade, certaines comparaisons ne manquent pas d'interpeller. L'attitude de la Cour de justice à l'égard des discriminations directes fondées sur le sexe est manifestement plus rigoriste que celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Alors que la première continue de considérer que ces discriminations ne peuvent jamais être justifiées, la seconde⁴⁰ l'autorise expressément⁴¹. De la même façon, l'orientation sexuelle, comme critère de discrimination, a engendré de la part de différentes juridictions suprêmes des réactions fort différentes, même lorsqu'elles sont confrontées à des faits très similaires. La Cour de justice a jugé dans l'affaire *Grant* que les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées. Elle a, dans le même arrêt, constaté qu'avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le droit communautaire ne couvrait pas expressément les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Suite à cet arrêt, et à l'invitation qu'il lui a été faite en ce sens par la Cour, un tribunal anglais a dès lors retiré une question préjudicielle portant sur la compatibilité du licenciement d'un soldat homosexuel de l'armée britannique avec le droit communautaire⁴², de sorte qu'avant l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, interdisant, dans le domaine de l'emploi, les discriminations fondées notamment sur l'orientation sexuelle, un tel licenciement n'était pas interdit en droit communautaire⁴³. Quatre ans plus tard, la Cour européenne

³⁷ Le *Race Discrimination Act* date de 1975.

³⁸ Le *Civil Rights Act* date de 1964.

³⁹ Le choix de ces pays (Australie, Canada et Etats-Unis) s'est fait aussi en raison des caractéristiques communes qu'ils présentent avec les systèmes communautaire et européen. A l'inverse, la comparaison avec le système sud-africain, par exemple, bien que très intéressante, aurait été moins pertinente. Ainsi, et pour me limiter à ce seul concept, il est clair qu'en Afrique du Sud, l'*affirmative action* n'est pas un choix, mais une nécessité et elle a été conçue non pas pour affirmer les droits des minorités, mais pour rétablir la majorité dans ses droits ; sur les spécificités du système sud-africain, voy X. Philippe, « Les discriminations positives - Afrique du Sud », *XIII^e table ronde internationale des 12-13 septembre 1997, Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1997, p. 53 et 54.

⁴⁰ Comme d'ailleurs aussi la Cour suprême US et la Cour suprême du Canada.

⁴¹ Comp. le point 28 de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Evrenopoulos* et les points 35 à 38 de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Petrovic c. Autriche*.

⁴² Affaire *Perkins*, JO C 358 du 21.11.1998, p. 12 et JO C 199 du 28.6.1997, pour le texte des questions posées à la Cour.

⁴³ Ce qui est particulièrement choquant. M. Bell, « Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice : From *P. v. S.* to *Grant v. SWT* », *E.L.Rev.*, 1999, pp. 63 et 78, formule la même critique et argue, à juste

jugera dans la même affaire que la réglementation britannique viole la CEDH. Dans une problématique très similaire à celle de l'affaire *Grant*, et à peine dix jours après celui-ci, la Federal Court of Australia a atteint une conclusion identique à celle de la Cour de justice⁴⁴. Au contraire, confrontée à la question du licenciement d'un coordonnateur de laboratoire en raison de son orientation sexuelle, la Cour suprême du Canada a jugé, moins de deux mois après l'arrêt *Grant*, que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite dans l'*Individual Rights Protection Act*⁴⁵ de l'Alberta porte atteinte au droit à l'égalité reconnu par l'article 15 de la *Charte canadienne des Droits et Libertés*, et qu'à titre de mesure corrective, les mots « orientation sexuelle » sont tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA*⁴⁶. Il doit être noté que la Cour suprême du Canada atteint cette conclusion bien que l'article 15 de la Charte ne mentionne pas lui-même expressément le droit à la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle ...⁴⁷.

L'exercice comparatiste oblige le juriste travaillant habituellement dans un ordre juridique donné à l'humilité. Comme le souligne O. Kaufmann, il se doit de ne pas considérer « son droit » comme contenant les normes parfaites, « justes », ou même que ce droit contiendrait a priori la solution la plus adéquate pour un problème ou une situation⁴⁸. L'exercice oblige le juriste à s'interroger sur la pertinence ou le caractère approprié de la solution, ou du raisonnement menant à celle-ci, adoptée dans « son » ordre juridique. Ainsi, la distinction existant, en droit communautaire, entre discriminations directe et indirecte est-elle réellement légitime ou, comme l'estime la Cour suprême du Canada (arrêt *Meiorin*), un employeur souhaitant discriminer cherchera-t-il inévitablement à dissimuler une discrimination derrière le paravent d'une formulation neutre de la mesure en cause, de sorte qu'une approche différente à l'égard de ces deux types de discrimination est injustifiée ? La hiérarchisation des motifs de discrimination, opérée par la Cour suprême US dans l'interprétation du principe d'égalité devant la loi du 14^e Amendement à la Constitution américaine, pourrait-elle inspirer la Cour de justice, laquelle est, d'ores et déjà, mais le sera plus encore après l'entrée en vigueur de la Constitution, confrontée à une multitude de motifs prohibés de discrimination ?

titre, que plusieurs éléments différenciaient l'affaire *Perkins* de l'affaire *Grant* et auraient dû inciter la Cour à ne pas inviter le juge national à retirer sa question préjudicielle.

⁴⁴ *Affaires Commonwealth of Australia v. HREOC (Kelland et Muller)*, 27 février 1998, à propos d'une allocation servie pour fonctionnaires travaillant dans des régions isolées (*Remote Locality Leave fares – Kelland*) ou à l'étranger (*Overseas Living Allowance – Muller*).

⁴⁵ Législation de l'Alberta interdisant la discrimination dans un certain nombre de domaines de la vie publique, tels que l'hébergement, les services et les équipements offerts au public, la location, les pratiques d'embauchage, la publicité en matière d'emploi et l'activité syndicale.

⁴⁶ Arrêt *Vriend c. Alberta*, 2 avril 1998.

⁴⁷ Mais la Cour suprême du Canada estima que les droits garantis par le para. 15(1) de la Charte « reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne » (para. 67 de l'arrêt).

⁴⁸ « Le droit social comparé », *Electronical Journal of Comparative Law*, 2004, vol.1.

En particulier, la Cour de justice pourrait-elle s'inspirer de la jurisprudence de la Cour suprême US, mais aussi de la Cour européenne, pour fixer des règles générales permettant de déterminer, avec un degré minimum de transparence et de sécurité juridique, la rigueur de son contrôle juridictionnel face aux causes de justification avancées par un Etat membre ou un employeur coupable d'une discrimination ?

Le travail comparatiste ne peut cependant se limiter à confronter des solutions. Il doit tenir compte du contexte juridique, et social, dans lequel celles-ci sont données. Les difficultés qui parsèment ce travail ne peuvent toutefois constituer un motif pour y renoncer, ou pire s'y soustraire. Comme à propos du principe de non-discrimination lui-même, la jurisprudence actuelle de Cour de justice à cet égard semble pourtant aussi être à géométrie variable (voy. III^e partie).

I^{ère} Partie

La jurisprudence de la Cour de justice et la législation communautaire

Partie d'une feuille quasi vierge, la Cour de justice a élaboré progressivement les contours d'un principe de non-discrimination qui s'est rapidement révélé être un principe protéiforme, dont l'importance était variable selon le domaine du droit communautaire dans lequel il était invoqué. Cette application à *géométrie variable* dans les quatre libertés fondamentales marque encore aujourd'hui la jurisprudence de la Cour. Si elle ne lui a pas reconnu la même importance selon la liberté fondamentale concernée, la Cour a aussi donné au concept de discrimination un sens différent selon que le motif de différenciation utilisé était le sexe (du travailleur) ou la nationalité (du produit ou de la personne).

Cette œuvre jurisprudentielle n'est toutefois pas l'histoire d'un « long fleuve tranquille ». Elle s'est construite par petites touches, par l'affirmation de grands principes, par des revirements plus ou moins notables et plus ou moins explicites. Si plusieurs grands arrêts sont incontournables dans l'analyse de cette jurisprudence, si les différentes périodes de cette jurisprudence se superposent comme autant de strates dont un examen sérieux ne peut se limiter à la plus récente si l'on veut en comprendre le sens véritable et en questionner la crédibilité, il semble qu'il puisse être soutenu que le 4 décembre 1986 marque une rupture essentielle dans cette construction. Certes annoncée par quelques soubresauts et suivie elle-même de glissements parfois chaotiques, cette date fait figure néanmoins de tournant essentiel.

Jusqu'alors, chaque affaire intervenait dans un contexte certes différent selon les domaines, mais relativement bien balisé par des principes solides (chap. I). Depuis lors, la Cour s'est progressivement affranchie de toute contrainte théorique, sa jurisprudence se construisant au coup par coup. Si cette jurisprudence casuistique s'est essentiellement traduite par la consécration de la notion d'entrave et celle, corollaire, de raison impérieuse, dans le domaine de la libre circulation, un manque apparent de cohérence s'est aussi fait sentir dans sa jurisprudence sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. Reprenant, tardivement, le flambeau de la lutte contre les discriminations sur la voie d'une Communauté de droit fondée sur le principe d'égalité, le législateur (dans les directives « article 13 ») et ensuite le Constituant communautaires n'ont pas vraiment rétabli la cohérence juridique à laquelle il devrait logiquement être aspiré (chap. II).

Il convient toutefois de se pencher d'abord brièvement - dans une section préliminaire - sur les différentes dispositions du droit communautaire dans lesquelles les auteurs du traité, puis le Contituant ou le législateur, ont inséré un principe de *non-discrimination*, lequel constitue lui-même une

émanation du principe général d'égalité, et de comparer leur libellé et leur portée. Ces dispositions essaimées dans le traité ou la législation secondaire constituent le terreau fertile sur lequel la Cour de justice a bâti une œuvre monumentale.

Section préliminaire : Origine du principe d'égalité et ses expressions spécifiques dans le traité CE

I – Le principe d'égalité, règle supérieure de droit

Communauté de droit désireuse d'unir de façon plus étroite des Etats démocratiques, la Communauté européenne repose sur un socle de principes généraux de droit qui constituent la référence ultime d'interprétation à laquelle sont soumises toutes les dispositions du droit communautaire, primaire ou dérivé⁴⁹. Ils lient donc toutes les autorités communautaires dans l'exercice de toutes les compétences, sans exception, qui leur sont attribuées⁵⁰.

Le principe d'égalité constitue pareille règle supérieure de droit⁵¹ figurant sans aucun doute au premier rang des principes généraux fondateurs de la Communauté. Il est en tout cas le seul qui a trouvé une expression spécifique dans les dispositions du traité. Ainsi, l'article 12, pierre angulaire du traité, consacre le principe que pour toute question tombant dans son champ d'application est interdite toute *discrimination* en raison de la *nationalité*. En tant que règle supérieure de droit, le principe d'égalité oblige même les Etats membres à prendre toutes les mesures nécessaires, conformément à l'article 10 du traité, pour éviter que la mise en œuvre d'une convention conclue *même hors de son champ d'application* puisse entraver l'application d'une disposition communautaire, tel l'article 39 par exemple⁵².

En outre, le principe d'égalité a trouvé plusieurs expressions spécifiques dans divers domaines d'application du traité : libre circulation des personnes et des services, politique agricole commune, égalité hommes-femmes, ...⁵³. Par ailleurs, en tant qu'émanation d'un principe fondamental préexistant au traité, le principe de non-discrimination de l'article 12 s'étend, au-delà des situations réglées par des dispositions particulières, à toutes les situations auxquelles le traité peut s'appliquer⁵⁴.

⁴⁹ Voy. arrêts *Orkem* et *Herbrink* ; *Avis* 2/94, point 24, arrêt *Wilkins*.

⁵⁰ Voy. le point 19 des conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Francovich*.

⁵¹ Voy. arrêt *Becker c. Cour des comptes* et les arrêts cités.

⁵² Arrêt *Matteuci*, point 19.

⁵³ Parfois, la Cour évoque le lien existant entre le principe général d'égalité et son expression spécifique dans une disposition particulière ; pour l'article 48, voy. arrêt *Allué*, point 11 ; pour la politique agricole, voy. arrêt *Rückdeschel*, point 7.

⁵⁴ F. Schockweiler, « La portée du principe de non-discrimination dans l'article 7 du traité CEE », *Riv. di diritto europeo*, 1991, pp. 3 et 15.

Cette caractéristique distingue le traité des accords conclus par la Communauté avec certains Etats tiers, lesquels contiennent généralement aussi une disposition en vertu de laquelle l'accord doit être appliqué de manière non discriminatoire à l'ensemble des ressortissants et sociétés du pays tiers concerné. A l'égard de ceux-ci, la Cour a jugé que si, en conformité avec les règles d'interprétation des traités (convention de Vienne de 1969), il est légitime d'accorder une grande importance à l'objet et au but d'un accord, cette disposition générale de non-discrimination ne traduit que l'un des objectifs de celui-ci et doit être conciliée avec ses autres buts généraux. Le principe de non-discrimination ne peut dès lors avoir pour effet d'écarter des règles essentielles de l'accord qui en conditionnent le fonctionnement dans le sens voulu par les parties contractantes⁵⁵. En outre, la Cour a jugé qu'il n'existe pas en droit communautaire de principe général obligeant la Communauté, dans ses relations extérieures, à consentir à tous égards un traitement égal aux différents pays tiers⁵⁶.

II – Expressions spécifiques

Le droit communautaire, du moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution, ne contient toutefois pas d'expression formelle consacrant un tel droit général à l'égalité dans le domaine d'application du traité. Le traité CEE (puis CE) connaît en revanche de nombreuses expressions spécifiques de ce principe général.

L'article 12 du traité, simple « énonciation »⁵⁷ spécifique du principe d'égalité, n'interdit expressément que les seules discriminations fondées sur la nationalité. A l'inverse de l'article 60 du traité CECA, ce critère n'est pas précédé du terme « notamment », lequel permet explicitement d'interdire les discriminations fondées sur d'autres critères « déguisés ». Mais s'appuyant sur son arrêt *Sotgiu* rendu dans le contexte spécifique de la libre circulation des travailleurs, la Cour déclara en 1978 que le principe d'égalité de traitement, énoncé à l'article 12, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat⁵⁸. Donnée dans le cadre de la politique commune de la pêche, cette définition « élargie » du principe d'égalité de traitement fut rapidement appliquée également dans des cas ne concernant que le seul article 12⁵⁹. Mais cette définition rend également clair que pour la Cour de justice principe d'égalité et de non-discrimination se confondent.

⁵⁵ Arrêt *Anastasiou (Pissouri)*.

⁵⁶ Arrêt *Port*.

⁵⁷ Si dans la version française des arrêts de la Cour, on ne retrouve que le terme expression spécifique, il semble que dans la version anglaise, notamment, apparaissent indifféremment les termes *specific expression* ou *specific enunciation* ; voy. R. Plender, « Equality and non-discrimination in the law of the European Union », *Pace Int'l L. Rev.*, 1995, pp.57 et 65.

⁵⁸ Arrêt. *Commission c. Irlande*, (« pêche maritime » - 61/77), point 78.

L'article 13, paragraphe 1, du traité, inséré par le traité d'Amsterdam, dispose que «*sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle*». Une caractéristique incontestable de cette disposition est son absence d'effet direct. L'interdiction des discriminations qu'elle mentionne ne peut acquérir donc de valeur réelle que par l'adoption de directives la mettant en œuvre. Cette absence d'effet direct est regrettable et pourrait même être regardée comme un pas en arrière par rapport à la situation antérieure. Nul ne contestera que l'interdiction de discrimination fondée sur la race constitue une valeur universelle — consacrée comme telle dans différents instruments internationaux⁶⁰ — et dès lors un principe général de droit communautaire à la lumière duquel doit en conséquence être interprétée toute disposition du droit primaire ou du droit dérivé. En ce sens, cette interdiction se distingue sans aucun doute de celle des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Il peut ainsi être argué que l'affirmation faite par la Cour de justice dans l'arrêt *Grant* (point 47) selon laquelle «*en son état actuel le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle*» n'aurait pu être formulée à l'interdiction de discrimination fondée sur la race. Avoir subordonné l'application du principe général de droit communautaire d'interdiction des discriminations fondées sur la race à l'adoption d'une directive le mettant spécifiquement en œuvre pourrait donc être interprétée comme un recul. Le raisonnement prôné ci-dessus paraît le seul acceptable dans une Communauté d'Etats membres fondée sur des principes démocratiques. Il n'est pourtant pas du tout sûr que ce soit celui qu'aurait tenu la Cour de justice si l'on s'en réfère à sa jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, à laquelle elle avait pourtant aussi reconnu le caractère de principe fondamental⁶¹. L'apport de l'article 13 ne peut toutefois être mésestimé dans la mesure où, pour la première fois, la Communauté s'est donnée les moyens juridiques de combattre d'autres motifs de discrimination que la nationalité ou le sexe.

Le domaine de *la libre circulation des marchandises* est régi par plusieurs chapitres du traité. La libellé des dispositions pertinentes (23 et 25 d'une part (*suppression des droits de douane et taxes d'effet équivalent*), 28 et 30 d'autre part (*suppression des restrictions quantitatives et mesures d'effet*

⁵⁹ Arrêt *Boussac*. Elle fut rappelée à plusieurs reprises depuis lors : voy. arrêts *Cognet*, *Edah*, *Cowan*, *Mund & Fester* et *Pastors*.

⁶⁰ Voy l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948, l'article 2(2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, les articles 2, paragraphe 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et l'article 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

⁶¹ Voy. D. Martin, « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *Cahiers de droit européen*, 1998, pp. 261 et 304.

d'équivalent)), ainsi que de la jurisprudence de la Cour y relative montrent que l'objectif assigné à la libre circulation des marchandises n'était pas limité à la seule prohibition des discriminations.

Concernant les articles 23 et 25, la Cour jugea dès 1969 que « *la place de ces articles en tête de la partie réservée aux « fondements de la Communauté* »⁶² suffit à marquer le rôle essentiel des interdictions édictées (par ces articles) ; en édictant l'interdiction des droits de douane, le traité ne distingue pas entre les marchandises selon qu'elles entrent ou non en concurrence avec les produits du pays importateur ; l'abolition des barrières douanières ne vise donc pas exclusivement à éliminer leur caractère protecteur, le traité ayant au contraire entendu donner à la règle de l'élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent une portée et un effet généraux en vue d'assurer la libre circulation des marchandises ; dès lors une charge pécuniaire (...) frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent alors même (...) qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur »⁶³.

Bien que placé dans le chapitre « dispositions fiscales » qui, dans la structure du traité, suit les règles communes sur la concurrence, l'article 90 complète les règles des articles 23 et 25 et tend, par l'interdiction de frapper les produits importés d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent la production nationale, à colmater les brèches qu'un procédé fiscal pourrait ouvrir dans les interdictions de ces articles⁶⁴. Le terme *discrimination* ne figure pas expressément dans cette disposition, mais les termes utilisés (« impositions supérieures », « protéger les productions nationales », « directement ou indirectement ») sont révélateurs de l'objectif poursuivi et correspondent aux critères de définition de la notion de discrimination⁶⁵. Dès ses premiers arrêts, la Cour parlera d'ailleurs de la « règle de non-discrimination formulée par l'article [90] »⁶⁶.

S'agissant de l'article 28, les critères de discrimination et de protection ne sont nullement exigés pour justifier son application. Comme le dit la Cour, cette disposition constitue un « moyen indispensable à la réalisation du marché sans frontières intérieures »⁶⁷. Dès lors, ainsi que l'a relevé Mattera, si l'on

⁶² Après l'entrée en vigueur de traité sur l'Union européenne (TUE), article G, point D, l'article 9 ouvrit la troisième partie du traité CE intitulée « Les politiques de la Communauté ».

⁶³ Arrêt *Sociaal fonds voor Diamantarbeiders*.

⁶⁴ Arrêt *Sociaal fonds voor Diamantarbeiders*, point 10. Dans l'arrêt *Co-Frutta*, elle ajoutera que « *cette disposition poursuit ainsi l'objectif général d'assurer la neutralité fiscale et tend à éviter qu'un Etat membre ne discrimine un produit importé d'un autre Etat membre en favorisant, par le biais de sa législation fiscale nationale, des produits nationaux, créant ainsi des entraves à la libre circulation des marchandises entre les Etat membre* » (point 20).

⁶⁵ Comme le relève P. Remits, 1992 : *L'Europe et la libre circulation des marchandises*, 1988, p. 125, « toutes les taxes sont, par nature, discriminatoires. La fiscalité n'est jamais neutre. Taxer un produit et en exempter un autre, taxer plus lourdement l'un que l'autre, c'est nécessairement choisir de privilégier le premier et de rendre plus difficile la vente du second ».

⁶⁶ Arrêt *Statens Kontrol*, point 20.

⁶⁷ Arrêt *Commission c. France* (« fraises » - C-265/95), point 30.

devait s'en tenir à de tels critères, l'applicabilité de l'article 28 serait subordonnée à la production d'une « preuve diabolique » souvent difficile à apporter⁶⁸. La définition des *mesures d'effet équivalent* qui sera donnée par la Cour en 1974 (arrêt *Dassonville*) et toute la jurisprudence ultérieure, même lorsque la Cour reviendra sur cette définition en 1993 (arrêt *Keck*), s'inspire de ce constat évident et ne retient que le concept d'*entrave* ou d'*obstacle*.

Il faut néanmoins souligner la rédaction « ambiguë » de l'article 30, deuxième phrase, qui dispose que « toutefois ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination *arbitraire* ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ». Selon la définition même du principe d'égalité, toute discrimination est arbitraire puisque si une mesure est jugée discriminatoire, c'est, soit parce que la différence de traitement opérée n'est pas justifiée par une raison légitime, soit parce que les moyens pour réaliser celle-ci ne sont pas proportionnés⁶⁹.

Soucieux d'assurer la libre circulation des marchandises ainsi assurée par les articles 28 et 30, les auteurs du traité ont également prévu, à l'article 31, l'obligation pour les Etats membres d'aménager progressivement leurs monopoles nationaux à caractère commercial, fréquents en 1957, de telle façon qu'à l'expiration de la période de transition toute *discrimination* entre les ressortissants des Etats membres soit exclue. Cette notion de discrimination fut toutefois interprétée par la Cour à la lumière du contexte plus large de la libre circulation des marchandises dans lequel elle est insérée⁷⁰. Ainsi, bien qu'elle concerne l'interdiction de discrimination entre *ressortissants* des Etats membres, la Cour jugea qu'il résulte de l'économie de cette disposition que l'interdiction qu'elle énonce vise à assurer le respect de la règle fondamentale de la libre circulation des *marchandises* dans l'ensemble du marché commun, en particulier par l'abolition des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent dans les échanges entre Etats membres⁷¹.

L'article 34, paragraphe 2, du traité prévoit que l'organisation commune des marchés agricoles doit se limiter à poursuivre les objectifs énoncés à l'article 39 du traité et doit exclure toute *discrimination* entre producteurs ou consommateurs de la Communauté. Cet article est peut-être celui à propos duquel la Cour a rappelé le plus fréquemment que l'interdiction des discriminations qu'il édicte n'est que l'expression

⁶⁸ *Le Marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 1988, p. 191.

⁶⁹ Selon P. Oliver, *Free movement of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell ed, 1996, p. 182, l'usage de cette expression dans l'article 30 est dû au seul fait qu'elle apparaissait dans l'article XX du GATT, lequel a inspiré la rédaction de l'article 30 du traité. Il estime également ce mot « superflu ». Il n'empêche que certains semblent vouloir établir une distinction entre « discrimination » et « discrimination » arbitraire, comme l'illustre le point 70 des conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Jokela*.

⁷⁰ Arrêt *Manghera*, point 6 ; arrêt *Banchero*, point 27 et la jurisprudence citée.

⁷¹ Arrêt *Manghera*, point 9 ; voy. également arrêts *Cinzano*, points 8 et 9, *Peureux*, point 18, *Kupferberg*, point 15 et *Franzen*, points 39 et 40.

spécifique du principe général d'égalité⁷². Pourtant, le contexte plus général dans lequel cette interdiction figure a régulièrement amené la Cour à poser des limites importantes au contrôle juridictionnel des conditions de sa mise en œuvre. Rappelant que le Conseil dispose en matière de politique agricole commune d'un large pouvoir d'appréciation qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 34 et 37 lui confèrent, elle jugea que seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre peut affecter la légalité de cette mesure⁷³. De même le *caractère comparable* des situations doit selon la Cour être apprécié à la lumière des objectifs du régime agricole de la Communauté⁷⁴. De manière générale, la constatation de l'existence d'une discrimination est souvent soumise par la Cour à un examen plus rigoureux que dans le domaine de la libre circulation des personnes par exemple⁷⁵.

L'article 39 du traité qui consacre *la libre circulation des travailleurs* mentionne aussi expressément l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. Dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour, cette disposition visait, en application du principe général de l'article 12 CE, à éliminer dans les législations des Etats membres les dispositions qui, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail imposeraient au travailleur ressortissant d'un autre Etat membre un traitement plus rigoureux ou le placeraient dans une situation de droit ou de fait désavantageuse par rapport à la situation faite, dans les mêmes circonstances, à un national⁷⁶. A partir du début des années nonante, la Cour a également insisté sur le fait que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des *personnes* visent aussi à faciliter l'exercice d'activités professionnelles sur l'ensemble du territoire des Etats membres et s'opposent à une réglementation nationale qui pourrait défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre Etat membre⁷⁷. La Cour de justice semble avoir fait un pas supplémentaire dans le sens d'une distanciation de l'article 39 de la simple interdiction des discriminations dans l'arrêt *Terhoeve* (point 41). Elle y jugea en effet que la législation nationale constituant une *entrave* à la libre circulation des travailleurs, il n'est pas nécessaire

⁷² Voy. notamment arrêts *Klensch*, point 9, *Erpelding*, point 29, *Dowling*, point 15, *Bostock*, point 23, *Codorniu*, point 26, *SCAC*, point 27, *Pontillo*, point 41 et *Comafrika* (Tribunal), point 76.

⁷³ Arrêts du Tribunal dans *Petrides*, point 58 et *O'Dwyer*. Arrêts *SMW Winzersekt*, *Allemagne c. Conseil*, *Fedesa* et *Schröder*. Cette conclusion n'est pas propre au seul principe d'égalité de traitement, mais vaut aussi pour le contrôle juridictionnel des autres principes généraux du droit dans le domaine de la politique agricole commune, voy. arrêt *Fattoria autonoma tabacchi*, (principe de proportionnalité). Il y a lieu de signaler qu'une démarche identique est appliquée par la Cour à l'égard du contrôle juridictionnel du principe de non-discrimination dans le domaine de la politique commerciale commune, voy. arrêt *NMB* du Tribunal, point 116.

⁷⁴ Arrêt *Rheinmühlen*, point 14.

⁷⁵ Voy., par exemple, arrêt *Lefebvre* du Tribunal, point 80.

⁷⁶ Arrêts *Saunders*, *Moser*, *Haug-Adrion* et *Heylens*. Pour un examen plus approfondi des buts de l'article 39, voy. D. Martin, « Réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 du traité CE (à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice) », *Cahiers de droit européen*, 1993, pp.555 et 556.

⁷⁷ Arrêts *Bosman* et *Singh*. Voy. également l'arrêt *Kemmler*, qui contient une définition assez similaire. Voy. aussi l'arrêt *Kraus*, dans lequel la Cour déclara que l'article 39 s'oppose à toute mesure nationale qui, *même applicable sans discrimination tenant à la nationalité*, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, des libertés fondamentales garanties par le traité.

de s'interroger sur l'existence d'une *discrimination indirecte*. Il ne fait plus aujourd'hui aucun doute que l'article 39 prohibe également les entraves non discriminatoires, même si l'on peut fréquemment s'interroger sur l'apport concret de ce développement pour les droits des travailleurs. En outre, cet avènement du concept d'entrave a eu pour résultat de rendre particulièrement chaotique la jurisprudence sur les justifications des discriminations contraires à l'article 39. Selon le libellé du paragraphe 2 de cette disposition, une discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne les conditions de travail ou de rémunération ne tolère *aucune* cause de justification. Le règlement 1612/68, destiné à mettre en œuvre ce paragraphe, confirme cette lecture, puisqu'il ne contient aucune disposition permettant une dérogation à l'interdiction de discrimination. En revanche, dès la fin des années soixante (arrêt *Ugliola*), la Cour jugea que les réserves d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, figurant au paragraphe 3, de la même disposition et censées ne pouvoir limiter que la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des autres Etats membres peuvent également justifier une discrimination contraire au paragraphe 2. Depuis le début des années nonante (arrêt *Bachmann*), la Cour a étendu pareille possibilité de justification à toute raison impérieuse jugée légitime.

L'article 42 constituait, du moins initialement⁷⁸, le corollaire de l'article 39, son complément naturel, et avait pour objectif de permettre aux institutions de la Communauté d'adopter, dans le domaine de la *sécurité sociale*, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs⁷⁹. Cette disposition ne contient pas elle-même une référence au principe de non-discrimination, mais celui-ci constitue la force motrice du règlement 1408/71, lequel a matérialisé l'obligation inscrite dans le traité. L'article 3 du règlement dispose que « sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement, les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat »⁸⁰. On peut toutefois parfois s'interroger sur la force réelle de ce principe, notamment quand la

⁷⁸ Assez rapidement toutefois, la Cour a appliqué les règles du règlement 1408/71 dans des hypothèses où l'article 39 n'est pas applicable. Pour un cas récent, voy. l'arrêt *Kulzer*, dans lequel la Cour a appliqué le règlement 1408/71 à un ressortissant allemand n'ayant jamais exercé son droit à la libre circulation, mais dont la fille résidait en France avec la mère divorcée du travailleur.

⁷⁹ « Toutes les dispositions du règlement 1408/71 doivent être interprétées à la lumière de l'objectif de l'article 51 du traité, qui est de contribuer, notamment par la totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi, à l'établissement de la libre circulation des travailleurs » (voir, en ce sens, arrêt *Reichling*, point 21, *Moscato*, point 27, et *Klaus*, point 21). Cet objectif implique que les travailleurs migrants ne doivent ni perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir une réduction de leur montant du fait qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation que leur confère le traité (arrêt *Reichling*, point 24) et que notamment la règle de la totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi tend à garantir que l'exercice du droit à la libre circulation que confère le traité n'ait pas pour effet de priver un travailleur d'avantages de sécurité sociale auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli sa carrière dans un seul Etat membre (arrêt *Moscato*, point 28 ; arrêt *Lustig*, point 31).

⁸⁰ Pour un examen détaillé du principe d'égalité dans le domaine de la sécurité sociale, voy. l'ouvrage monumental de P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant – Sakkoulas, 2003, pp. 382 à 430.

Cour affirme qu'il ne s'applique *que sous réserve* des dispositions particulières du règlement, de sorte que parfois son application peut être exclue⁸¹

L'article 43 régit *la libre circulation des travailleurs engagés dans une activité non salariée*. Selon la jurisprudence initiale, il avait pour but d'assurer le bénéfice du traitement national aux ressortissants d'un Etat membre désireux d'exercer une activité non salariée dans un autre Etat membre et d'interdire toute discrimination fondée sur la nationalité faisant obstacle à l'accès ou à l'exercice d'une telle activité⁸². Cette jurisprudence traditionnelle de la Cour peut paraître à première vue restrictive. En effet, l'alinéa premier de l'article 43 interdit les *restrictions* à la liberté d'établissement. Toutefois, le second alinéa prévoit que la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées sur le territoire des autres Etats membres et leur exercice *dans les conditions définies par (l'Etat d'accueil) pour ses propres ressortissants*. Cette précision, analogue à celle qui sera inscrite à l'article premier du règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs salariés, permet d'expliquer l'objectif traditionnel attribué à l'article 43 par la Cour. La Cour a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises que les articles 39 et 43 offrent une protection juridique identique à leurs bénéficiaires⁸³. L'ambivalence de l'objectif de l'article 43, tel qu'il résulte de ses alinéas 1 et 2, fournit un fondement théorique, au moins partiel, à la jurisprudence rendue à partir du milieu des années nonante et selon laquelle cette disposition prohibe également les mesures nationales non discriminatoires gênant ou rendant moins attrayant l'usage du droit d'établissement⁸⁴.

Les articles 49 et 50, *relatifs à la libre prestation des services*, recèlent la même ambivalence : alors que l'article 49 prescrit l'abolition des *restrictions* à la libre prestation des services, l'article 50 prévoit seulement l'exercice de cette liberté *dans les mêmes conditions* que celles que le pays d'accueil impose à ses propres ressortissants. Très longtemps, la Cour a dès lors jugé que le but principal de l'article 49 est de rendre possible au prestataire l'exercice de son activité dans l'Etat membre d'accueil *sans discrimination* par rapport aux ressortissants de cet Etat⁸⁵. Toutefois, en 1991, la Cour a, de façon explicite au regard de la jurisprudence antérieure⁸⁶, élargi le but de cette disposition en affirmant que l'article 49 exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est

⁸¹ Arrêt *Adanez Vega*, point 57.

⁸² Arrêts *Commission c. Luxembourg*, (« allocations de naissance et de maternité » - C-111/91), *Konstantinidis*, et *Steinhauser*.

⁸³ Arrêts *Roux*, *Ramrath*, *Asscher* et *Morgenbesser*.

⁸⁴ Arrêt *Gebhard*.

⁸⁵ Arrêt *Commission c. Allemagne* (« avocats » - C-427/85) et *Commission c. France* (« avocats » - C-294/89).

⁸⁶ Sur les hésitations antérieures aux arrêts *Gouda* et *Säger*, voy. D. Martin, « Réflexions... », p. 558 et les références citées dans le texte sous la note (15). Les faits de l'affaire *Gouda* peuvent toutefois susciter quelques réticences sur la pertinence de l'affirmation de la Cour dans le cas d'espèce.

de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues. Cet élargissement semble logique car, comme le rappelait le juge Schockweiler, dans ce domaine, « ce n'est pas véritablement le principe de non-discrimination ou d'égalité de traitement qui est en cause, mais la reconnaissance d'une liberté particulière, celle d'exercer, au-delà des frontières nationales, des prestations occasionnelles, hypothèse qui n'a pas d'équivalent dans une situation purement interne »⁸⁷. Il est intéressant de noter que l'application stricte du principe d'égalité prévue par l'article 50 aboutirait donc à gêner l'exercice d'une activité fondamentale du traité, mais la raison en est que le prestataire ne se déplace qu'occasionnellement et temporairement dans un Etat membre autre que celui dans lequel il est établi et qu'il reste soumis aux obligations que lui impose déjà cet Etat d'établissement.

Les articles 81 et 82 contiennent les *règles de concurrence applicables aux entreprises*. Sont interdits en vertu de l'article 81 tous accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Cette disposition, compte tenu des objectifs qu'elle vise, va donc bien au-delà du principe d'égalité de traitement. Sa violation peut résulter du fait que l'accord en cause a pour effet d'empêcher la création d'un marché unique entre les Etats membres, en cloisonnant artificiellement les marchés par exemple. La notion de discrimination n'en est toutefois pas complètement absente. Ainsi, le paragraphe premier, sous d), de l'article 81 dispose qu'est notamment interdit un accord entre entreprises, une décision d'associations d'entreprises ou une pratique concertée qui consistent à appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des *conditions inégales* à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un *désavantage* dans la concurrence⁸⁸. Dans ce cas, la *discrimination* doit résulter d'un accord ou d'une pratique concertée entre des entités économiques indépendantes et autonomes et non pas être le fait d'un comportement unilatéral émanant d'une seule entreprise^{89 90}. L'utilisation du concept de *discrimination* peut donc aussi paradoxalement aboutir à une limitation du champ d'application de l'article 81. Ainsi, la Cour a jugé qu'une discrimination échappe à l'interdiction de l'article 85 lorsque l'affectation discriminatoire de la position concurrentielle de tiers est le fait de filiales qui ne font qu'appliquer les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui

⁸⁷ F. Schockweiler, p.15.

⁸⁸ Il n'est donc pas nécessaire qu'une mesure comporte une discrimination *en raison de la nationalité* pour tomber sous le coup de la prohibition des articles 81 et 82, voy. arrêt *République Portugaise c. Commission*, (« gestion des aéroports » - C-163/99), point 62.

⁸⁹ Arrêt *Viho* du Tribunal, point 61. Sur l'utilisation récente du concept de discrimination dans l'interprétation des règles de concurrence du traité CECA, voy. l'arrêt *British Steel* (T-243/94) du Tribunal, points 142 et 144 (en matière d'aides d'état).

⁹⁰ Mais le respect du principe d'égalité s'impose bien sûr aussi à la Commission lorsqu'elle adopte des décisions dans le domaine du droit de la concurrence, par exemple dans la fixation du montant des amendes, point 573 de l'arrêt *JFE Engineering Corp* du Tribunal.

les contrôle. Incontestable au regard de la jurisprudence relative aux groupes de sociétés, cette décision⁹¹ est cependant un peu choquante. Elle illustre également le fait que certaines discriminations peuvent échapper aux interdictions du traité. Prolongement des articles 81 et 82, les dispositions du traité relatives aux aides d'état (art. 87 et 88) sont elles aussi interprétées explicitement par la Cour comme contenant, notamment, une obligation de respect du principe d'égalité⁹².

Le principe de l'égalité de traitement entre *travailleurs masculins et féminins* figure à l'article 141 du traité qui dispose que chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité *des rémunérations* entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Ce qui saute aux yeux immédiatement à la lecture de cette disposition c'est la restriction du champ d'application du principe d'égalité : seul le domaine des rémunérations est visé, alors que ce principe s'étend également à l'emploi et aux autres conditions de travail dans la libre circulation des travailleurs. Mais comme le règlement 1612/68 a « étendu »⁹³ les domaines couverts par le principe d'égalité de l'article 39, plusieurs directives ont progressivement élargi le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes⁹⁴. Une conséquence essentielle résulte toutefois de cette limitation du champ d'application matériel du principe d'égalité dans l'article 141. Les directives adoptées dans ce domaine *créent* le droit à l'égalité de traitement ; elles peuvent donc aussi y apporter des limites ou des exceptions. A l'inverse, le droit à l'égalité de traitement dans l'article 39 ayant un champ d'application matériel exhaustif, le droit dérivé adopté pour « mettre en œuvre » cette disposition ne peut plus y apporter de restrictions. Par ailleurs, la Cour ne s'est pas affranchie du contexte dans lequel le principe d'égalité a été inséré. Il résulte de la jurisprudence que la constatation d'une discrimination fondée sur le sexe doit parfois s'appuyer sur une constatation statistique qu'un pourcentage considérablement plus élevé de femmes est affecté de manière négative par la mesure incriminée⁹⁵. A l'inverse, dans le domaine de la libre circulation des

⁹¹ Arrêt *Viho*.

⁹² « Le critère du comportement d'un investisseur privé est une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé » : point 105 de l'arrêt *Neue Maxhütte* du Tribunal.

⁹³ Voy. F. Mancini, « The free movement of workers in the case-law of the European Court of Justice », in *Constitutional adjudication in European Community and national law - Essays for the Hon. Mr Justice T.F. O'Higgins, Butterworth, 1992*, pp. 67 et 72.

⁹⁴ L'article 40 du traité, base juridique du règlement 1612/68, n'ayant pas d'équivalent dans le domaine de l'égalité hommes-femmes, ces directives ont été adoptées sur base des articles 94 et/ou 308 du traité. L'article 141, paragraphe 3, inséré dans le traité par le traité d'Amsterdam, confère désormais à la Communauté une base juridique nouvelle pour l'adoption de directives dans ce domaine. La directive 2002/73, ayant modifié la directive 76/207, fut adoptée sur cette nouvelle base juridique.

⁹⁵ Voy. l'arrêt *Posthuma-Van Damme*. Sur la difficulté de déterminer ce qui constitue une « proportion considérablement plus importante » de femmes que d'hommes, voy l'arrêt *Seymour-Smith*. Cet exercice recèle en outre une part d'arbitraire, comme l'illustre l'arrêt rendu le 17 février 2000 par la House of Lords sur renvoi par la Cour de justice : « *Although the percentage of women who can comply may be "less" than "considerably smaller" than the percentage of men who can comply if the percentage is persistent and relatively constant, I do not read the Court as saying that any difference between men and women which continues over a period itself establishes discrimination contrary to Article 119. The difference is evidence that "could" establish such discrimination, but it is "for the national Court to determine the conclusion to be drawn from such statistics". It seems to me that the disparity, even if not establishing a "considerably smaller" percentage of women able to* ».

travailleurs, il est suffisant que la mesure nationale soit de nature à produire, potentiellement, un effet discriminatoire à l'encontre des ressortissants des autres Etats membres⁹⁶. L'entrée en vigueur – le 5 octobre 2005 – de la directive 76/207, modifiée, permet de remédier à cette situation. En outre, dans l'article 141 la question de la charge de la preuve est souvent évoquée devant la Cour⁹⁷, alors que dans l'article 39 cette question est absente. En revanche, comme dans tous les autres domaines d'application du principe d'égalité, la Cour a jugé que l'article 141 prohibe non seulement les discriminations directes, fondées sur le sexe, mais également les discriminations indirectes résultant d'autres critères de différenciation aboutissant au même résultat⁹⁸. Il faut encore signaler que c'est dans ce domaine que le législateur a, pour la première fois, donné une définition du concept de *discrimination indirecte*, sur la pertinence de laquelle on peut toutefois émettre certains doutes⁹⁹. Mais c'est aussi dans le contexte de l'égalité hommes-femmes que s'est posée la question des *discriminations positives* ou *actions positives*¹⁰⁰. Le principe d'égalité peut-il s'étendre au-delà d'une stricte interdiction des discriminations ?

Il convient enfin de mentionner dans ce tour d'horizon l'article 27 du Statut des *fonctionnaires européens* (applicable jusqu'au 30 avril 2004). Celui-ci disposait initialement que les fonctionnaires sont choisis sans distinction de race, de croyance ou de sexe¹⁰¹. La mention de cet article se justifie pour

qualify must still be significant so as to satisfy the Court that it would be right to find indirect sex discrimination », *R. v. Secretary of State For Employment, ex parte Seymour-Smith and Another*, opinion of Lord Slynn of Hadley.

⁹⁶ Voy. le texte sous la note (10) des conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'arrêt *Kraus*.

⁹⁷ Voy. par exemple les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *Royal Copenhagen*, points 48 et svts.

⁹⁸ Arrêt *Jenkins*.

⁹⁹ Voy l'article 2 de la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO L 14 du 20.1.1998, p. 6) : « *Aux fins du principe de l'égalité de traitement visé au paragraphe 1, une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* ». Cette définition s'écarte de celle retenue de manière itérative par la Cour depuis le début des années quatre-vingts. Dans le principe d'égalité, la mesure en cause doit être justifiée par des facteurs objectifs indépendants du sexe et les moyens pour atteindre ceux-ci doivent être appropriés et nécessaires, c'est-à-dire qu'ils doivent respecter le principe de proportionnalité. La définition de la directive mélange et inverse l'ordre des étapes du raisonnement à mener : c'est la mesure qui doit être appropriée et nécessaire (mais qu'est-ce que cela veut dire ?). En outre, quel sens donner à l'exigence de justification par un facteur objectif qui ne soit pas déjà englobé par le caractère nécessaire et approprié de la mesure ? En revanche, les définitions données de ce concept dans les directives 200/43 (interdiction des discriminations fondées sur la race) et 2000/78 (interdictions des discriminations fondées sur la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle sont plus conformes à la définition du principe d'égalité. De même, la définition donnée dans la directive 2002/73, modifiant la directive 76/207 (interdiction des discriminations fondées sur le sexe) reprend correctement la jurisprudence de la Cour.

¹⁰⁰ Arrêts *Kalanke*, *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson*, *Lommers*, *Briheche*. Mais les directives 2000/73 et 2000/78 réservent également aux Etats membres la possibilité d'adopter des mesures d'action positive. Il ne fait dès lors guère de doute que la Cour sera rapidement amenée à se prononcer sur la conformité avec le principe de non-discrimination de telles actions, lorsqu'elles bénéficient aux membres des minorités ethniques ou à d'autres groupes (personnes handicapées, ...).

¹⁰¹ Depuis l'entrée en vigueur du règlement 781/98 du 7 avril 1998 amendant le Statut des fonctionnaires, il se lit désormais comme suit : « *les fonctionnaires sont choisis sans distinction de race, de conviction politique, philosophique ou religieuse, de sexe ou d'orientation sexuelle et indépendamment de leur état civil ou de leur situation familiale* ».

plusieurs raisons. D'abord, c'était la seule disposition du droit communautaire, avant le traité d'Amsterdam, qui contenait une référence expresse à l'interdiction des discriminations fondées sur la race et la religion¹⁰². Ensuite, parce que cette disposition a donné lieu à un arrêt de la Cour dans lequel celle-ci a dû se prononcer sur la portée de l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion¹⁰³. Cette jurisprudence sera inévitablement invoquée lorsque la Cour sera amenée à interpréter la directive 2000/78. Enfin, la mention du Statut des fonctionnaires se justifie dans la mesure où le contentieux de la fonction publique recèle de nombreux arrêts intéressants sur l'application du principe d'égalité. Lorsqu'il a amendé cette disposition en 1998, le Conseil a également introduit un nouvel article 1^{er} bis dans le Statut en vertu duquel les fonctionnaires ont droit dans l'application du statut à l'égalité de traitement sans référence, directe ou indirecte, à la race, à la conviction politique, philosophique ou religieuse, au sexe ou à l'orientation sexuelle, sans préjudice des dispositions pertinentes statutaires pertinentes requérant un état civil déterminé. Et depuis l'entrée en vigueur le 1 mai 2004 du nouveau Statut, le nouvel article 1^{er} quinquies, paragraphe 1, se lit comme suit: « *Dans l'application du présent statut est interdite toute discrimination, telle qu'une discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Cette disposition est complétée par d'autres paragraphes, relatifs à la possibilité d'adopter des actions positives en faveur des femmes (paragraphe 2), à la nécessité de prendre des « aménagements raisonnables » pour assurer l'absence de discrimination fondée sur le handicap (paragraphe 4), et à l'aménagement de la charge de la preuve (paragraphe 5).

III – Application à géométrie variable

Ce rapide survol des expressions spécifiques du principe d'égalité consacrées par le traité CE permet déjà de formuler quelques remarques générales.

1^o) Dans sa jurisprudence, la Cour, et à sa suite le Tribunal, ont systématiquement assimilé égalité (principe général de droit) et non-discrimination (expression spécifique du traité), semblant ainsi nier

¹⁰² Certes, dans plusieurs Déclarations communes, dont celle contre le racisme et la xénophobie, datant de 1986 (JO C 158, p. 1), les institutions communautaires avaient-elles invité à « la condamnation des manifestation de discrimination raciale ». De même, l'article 12, de la directive 89/552 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23), prévoyait que la publicité télévisée ne doit pas comporter de discrimination en raison de la race, mais la protection réellement offerte n'était donc, au mieux, qu'oblique et indirecte. Dans sa proposition originale de 1991 (JO C 225, p. 6) de directive sur le détachement des travailleurs – directive 96/71 – la Commission avait proposé l'insertion, à l'article 3, d'une disposition garantissant en matière de conditions de travail l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, mais également sur la race et la religion. La version finale de la directive adoptée par le Conseil ne vise plus explicitement que les discriminations fondées sur le sexe, se référant pour le reste « aux autres dispositions en matière de non-discrimination ».

que ces deux principes recouvrent certes souvent une même réalité et que leur violation repose sur un même raisonnement, mais qu'ils conservent une portée et un champ d'application distincts¹⁰⁴.

2°) Emanant d'un principe unique de rang supérieur, les manifestations spécifiques du principe de non-discrimination dans le traité n'ont pas un contenu, une application uniformes¹⁰⁵, leurs différences se marquant soit par le libellé de la disposition qui les renferme¹⁰⁶, soit par le contexte dans lequel elles sont insérées¹⁰⁷. Leur libellé et/ou leur contexte différents expliquent aussi que la constatation même d'une discrimination n'obéit pas aux mêmes règles¹⁰⁸.

3°) Certaines dispositions, même si elles restent, théoriquement, soumises au principe d'égalité, n'y ont pas recours pour atteindre l'objectif qui leur est attribué par le traité. La Cour a en conséquence pu s'affranchir, beaucoup (articles 28 et 81) ou totalement (article 25), du caractère limitatif de l'interdiction des discriminations lorsqu'elle a interprété ces dispositions. Cet affranchissement lui a permis, dans l'article 28, de construire et de développer une jurisprudence novatrice fondée sur le concept de *restrictions* ou d'*entraves*, mais il ne peut être oublié que cette jurisprudence se justifiait, du moins initialement, par l'existence d'un libellé et d'un contexte propres à cette libre circulation.

4°) L'approfondissement des relations entre les Etats de la Communauté et le rapprochement sans cesse plus étroit entre les peuples de ces Etats¹⁰⁹ au moyen de nouveaux instruments, tels que le marché unique ou la citoyenneté de l'Union, ont progressivement amené la Cour à imaginer des solutions jurisprudentielles aptes à répondre aux nouvelles représentations des concepts de « libre circulation des personnes » et d'« égalité hommes-femmes »¹¹⁰ dans la mesure où les dispositions constitutionnelles régissant ces concepts n'avaient pas, elles, été modifiées. Dans l'accomplissement de cette œuvre novatrice, il était évidemment tentant pour la Cour de recourir à des techniques utilisées dans d'autres

¹⁰³ Arrêt *Prais*.

¹⁰⁴ La jurisprudence du Tribunal dans le domaine du contentieux de la fonction publique pourrait toutefois suggérer une autre lecture, même si l'approche du Tribunal reste essentiellement implicite (voy. *infra* chap. II).

¹⁰⁵ Selon K. Lenaerts, « Le principe ... », p.3, « le principe d'égalité a un contenu unique à travers toutes ses applications, malgré des apparences multiples dues aux diverses fonctions assumées par ce principe ». Ma conclusion est légèrement différente : seule la *définition* du principe est unique dans les diverses applications spécifiques du principe ; en revanche l'*application* du principe varie selon ses diverses manifestations.

¹⁰⁶ L'interdiction de l'article 39 est générale dans son champ d'application matériel et personnel, celle de l'article 141 spécifique dans son champ d'application matériel et celle de l'article 34 spécifique dans son champ d'application personnel.

¹⁰⁷ Impérative et inconditionnelle dans l'article 39, l'interdiction est respectueuse du large pouvoir d'appréciation politique du législateur dans l'article 34.

¹⁰⁸ Une simple potentialité ou présomption suffit dans l'article 39, un examen rigoureux est nécessaire dans l'article 34, le rapport d'une preuve quasi-statistique souvent utile dans l'article 141.

¹⁰⁹ Mais aussi parfois la sophistication des mesures adoptées par les Etats membres pour masquer une discrimination.

¹¹⁰ Voy. par exemple arrêt *P.*, sur un cas de conversion sexuelle. En revanche, la Cour a refusé d'étendre le concept de discrimination fondée sur le sexe au cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ; voy le point 47 de l'arrêt *Grant*.

domaines. Pour la libre circulation des personnes, la jurisprudence relative à l'article 28 se prêtait, du moins à première vue, à une transposition relativement aisée.

5°) Le principe d'égalité ne connaît pas la notion de *raisons impérieuses* susceptibles de justifier sa violation. En revanche, dès l'origine la Cour a reconnu que des *raisons objectives* peuvent avoir pour effet que le traitement inégal de situations comparables ne constitue pas une discrimination. La jurisprudence, particulièrement à partir de la moitié des années quatre-vingt, a toutefois connu une évolution importante, laquelle s'est traduite par une oblitération de plus en plus grande de la distinction entre raisons objectives – parties intégrantes de la définition du principe de non-discrimination – pouvant justifier une différence de traitement, et raisons impérieuses – créées par la Cour de justice – pouvant sauver des discriminations ou des entraves préalablement constatées. Cette confusion a engendré une confusion certaine et a des répercussions négatives évidentes sur l'application du principe de non-discrimination dans les différentes dispositions du traité

6°) Les objectifs du traité ont évolué depuis la fin des années cinquante, l'économie s'est estompé pour permettre le développement de valeurs nouvelles, tels que l'environnement, la santé publique et la citoyenneté. Cette évolution a certainement influencé l'interprétation des libertés, économiques, fondamentales inscrites dans le traité de 1957. Aujourd'hui, l'accent est moins mis sur le droit de ne pas être discriminé que sur le droit de jouir sans entrave de certaines libertés.

Chapitre I - L'élaboration des concepts – Développement de la jurisprudence traditionnelle (1955 – 1986)

De 1955 à 1986, la Cour de justice établira un système complet de règles applicables chaque fois qu'elle sera confrontée à une plainte de discrimination. Ce système, différent selon les différents domaines du traité, reposait sur la prémisse que le principe d'interdiction des discriminations n'a pas vocation à jouer le même rôle dans tous ces domaines. L'élaboration de cet ensemble de règles et principes ne s'est toutefois faite que lentement, par petites touches et sans que puissent parfois être évités les tâtonnements. Trois phases jalonnent cette première période de construction de la jurisprudence. La première s'étend jusqu'à la fin de la période de transition dans le traité CEE durant laquelle la Cour va progressivement dessiner les contours du principe de non-discrimination (section 1). La seconde court jusqu'à la fin des années septante, durant laquelle, s'appuyant sur les enseignements de la phase initiale, la Cour va graduellement conférer un contenu différent au principe de non-discrimination selon le domaine dans lequel il est invoqué et préciser les limites de son application (section 2). La troisième est amorcée par l'arrêt *Cassis de Dijon* qui introduit la notion de raison impérieuse dans la jurisprudence (section 3).

Section 1 – Traité CECA et premiers pas dans le traité CEE (1955-1968)

Durant cette période initiale, la Cour de justice va progressivement affirmer les premiers principes de base qui régiront sa jurisprudence dans les années septante et jusqu'au milieu des années 80. Le point de départ dans les deux traités n'était toutefois pas le même. Alors que plusieurs dispositions du traité CECA fournissait déjà des indications expresses sur le rôle et la portée du principe de non-discrimination (§ 1), le traité CEE était quant à lui muet sur ces questions (§ 2).

§ 1 – Emergence des concepts dans la jurisprudence sur le traité CECA

Selon son article 60 une pratique *discriminatoire* consiste dans l'application par un vendeur de conditions inégales à des transactions comparables, notamment suivant la nationalité des acheteurs. Des semblables précisions sont également fournies par l'article 70¹¹¹, applicable au domaine spécifique des transports. Ces deux dispositions sont elles-mêmes des mises en œuvre particulières de l'interdiction générale de discrimination établie par l'article 4 du traité.

¹¹¹ « Il est reconnu que l'établissement du marché commun rend nécessaire l'application de tarifs de transport du charbon et de l'acier de nature à offrir des conditions de prix comparables aux utilisateurs placés dans des conditions comparables. Sont notamment interdites (...) les discriminations (...) fondées sur le pays d'origine ou de destination des produits ».

On peut penser, à la lecture de la jurisprudence de la Cour, que ces précisions textuelles l'ont guidée dans son approche du concept. Ainsi, il est frappant de constater que la Cour, à l'instar du traité, s'est souvent attachée à établir la « comparabilité des situations » (voy. *ci-dessous*). En revanche, la Cour n'a pas jugé utile d'élaborer dans le contexte du traité CECA une définition théorique globale du principe de non-discrimination. Néanmoins, il faut relever qu'au travers de ses différents arrêts elle a posé, par petites touches successives, la plupart des principes essentiels de sa jurisprudence ultérieure sur le traité CEE (puis CE).

I – Affirmation des premiers principes généraux

Ainsi, dès le tout premier arrêt qu'elle rendit, la Cour affirma le caractère « fondamental » des dispositions établissant l'interdiction des discriminations¹¹², l'avocat général Lagrange ajoutant (p.53) qu'il est en toute hypothèse du « devoir du juge » de garder constamment à l'esprit ce principe de l'interdiction des discriminations lorsqu'il interprète le traité¹¹³. Le même avocat général énoncera encore dans l'affaire *Erzbergbau* deux autres principes de base qui restent aujourd'hui au cœur de toute réflexion qui se veut approfondie sur le concept de discrimination. D'une part, il mit en évidence le fait que le principe de non-discrimination présente des « apparences multiples » et qu'en conséquence si des analogies existent entre les diverses règles de non-discrimination, des différences peuvent apparaître dans l'application de ces règles selon le domaine du traité dans lequel elles sont inscrites¹¹⁴. D'autre part, il affirmera (p. 440) que le principe de non-discrimination ne peut souffrir aucune exception ni dérogation¹¹⁵.

Une autre question d'une importance cruciale fut abordée par la Cour dans la même affaire *Erzbergbau*, celle de savoir si « discriminer » signifie nécessairement « défavoriser » ou « désavantager » une personne ou un groupe par rapport à un(e) autre ou au contraire englobe également l'hypothèse du simple traitement inégal de situations comparables. En d'autres termes, la victime d'une discrimination doit-elle prouver seulement qu'elle a été traitée différemment d'une autre personne se trouvant dans une situation comparable ou doit-elle, en plus, prouver que le traitement

¹¹² Arrêt *Gouvernement de la République française c. Haute Autorité*.

¹¹³ Ainsi, la Cour décida que pour apprécier le montant d'une amende infligée par la Haute Autorité à une entreprise il convenait d'examiner si, outre la méconnaissance d'une règle spécifique du traité, cette entreprise n'avait pas, de surcroît, violé la règle de non-discrimination ; arrêt *Macchiorlatti Dalmas e Figli c. Haute Autorité*.

¹¹⁴ Arrêt *Barbara Erzbergbau AG e.a. c. Haute Autorité* ; il établit son constat après analyse de la différence existant entre la règle de non-discrimination en matière de prix (article 60) et celle applicable dans le domaine des transports (article 70). Sur cette question, voy. notamment Lenaerts, « Le principe ... » qui consacra toute une étude à cette seule question.

¹¹⁵ Cette affirmation est très largement battue en brèche par la jurisprudence de la Cour depuis le début des années 90 (voy., par exemple, dans le contexte de l'article 12 du traité CE, l'arrêt rendu dans l'aff. *Mund & Fester*, point 17), mais on peut néanmoins s'interroger sur la compatibilité de cette jurisprudence avec la

différent qui lui a été appliqué lui a occasionné un dommage ? A cette question, la Cour répondit (p. 405) de manière non équivoque :

« que la notion de discrimination n'implique pas, par définition, le fait qu'un dommage ait été causé ; que cette notion suppose avant tout que des conditions inégales aient été prévues pour des cas comparables ;

que l'application de semblables conditions inégales est peut-être, il est vrai, susceptible d'entraîner des dommages, qui peuvent alors être considérés comme la conséquence révélatrice d'une discrimination ;

qu'il serait cependant arbitraire de réduire la notion de discrimination aux seuls cas de traitement inégal dans lesquels les intéressés subissent effectivement un dommage. »

Cette réponse de la Cour est la plus conforme à la définition théorique du concept de discrimination qu'elle donnera elle-même plus tard. Pourtant, elle exigera souvent, spécialement dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes¹¹⁶, que soit, en outre, prouvée l'existence d'un désavantage avant d'accepter de constater une discrimination.

La Cour confirmera également très rapidement, dès 1956, les termes du traité, et notamment de son article 60, selon lesquels la nationalité n'est qu'un élément, parmi d'autres, permettant de conclure à une discrimination, de sorte qu'une discrimination, qu'elle soit *directe* ou *indirecte*, est interdite par le traité¹¹⁷.

Dans la même affaire, elle se prononça aussi sur une limite naturelle du principe de non-discrimination, celle des situations internes. La Cour était confrontée au prélèvement opéré par le Luxembourg sur tous les combustibles solides à usage non domestique utilisés au Luxembourg. Affectant de manière égale tous les producteurs de la Communauté, ce prélèvement n'établissait aucune discrimination entre producteurs. Toutefois, les industries sidérurgiques luxembourgeoises estimaient que la majoration de prix qui en résultait sur le marché luxembourgeois créait une discrimination aux

définition théorique du principe d'égalité, puisqu'elle admet la possibilité de justifier une discrimination préalablement constatée par une raison impérieuse non prévue par le traité !

¹¹⁶ Voy., par exemple, arrêts *Kirsammer-Hack*, point 22 ; *Roks*, point 33 ; *Laperre*, point 14 ; *Freers*, point 10, *Jørgensen*, point 19 ; *Jämställdhetsombudsmannen*, point 50 ; *Rinke*, point 33 ; *Schönheit*, point 71. A l'inverse, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, le simple fait que les ressortissants des autres Etats membres puissent être particulièrement affectés par une mesure suffit à rendre celle-ci discriminatoire. Mais même dans ce domaine, la Cour a toujours assimilé la discrimination à une mesure désavantageant ou défavorisant, même potentiellement, les travailleurs des autres Etats membres. En proposant une définition de la discrimination indirecte dans l'affaire *Säger*, l'avocat général Jacobs parlera également d'une mesure ayant pour effet de « désavantager » les ressortissants des autres Etats membres (point 19).

dépens des utilisateurs établis dans cet Etat membre. A cet argument, la Cour répondit que l'interdiction de discrimination édictée par le traité ne porte pas atteinte au droit des Etats membres « d'imposer des charges générales à leurs ressortissants ». Comme l'indiqua l'avocat général, si une discrimination éventuelle existait, ce ne pouvait être qu'entre les personnes établies au Luxembourg¹¹⁸, de sorte qu'elle ne concernait pas le droit communautaire.

Une autre limite du principe de non-discrimination fut mise en lumière dans l'affaire *Sociétés des fonderies de Pont-à-Mousson*. Dans cette affaire, une entreprise se plaignait d'avoir été traitée de manière inégale par rapport à d'autres entreprises qui avaient bénéficié d'une exonération de prélèvement de péréquation et mettait notamment en cause la légalité de cette exonération. Face à cet argument, la Cour répondit que même dans l'hypothèse où cette exonération serait illégale, le principe de non-discrimination ne saurait justifier l'octroi d'une exonération analogue à l'entreprise requérante. Depuis lors, la Cour (le Tribunal) a réaffirmé à de nombreuses reprises et dans divers domaines d'application du traité CE¹¹⁹ que le principe d'égalité doit se combiner avec le principe de légalité.

II – Importance de la condition de la comparabilité des situations

Les précisions textuelles sur le concept de discrimination inscrites dans plusieurs dispositions du traité CECA insistent toutes sur l'importance de l'élément de la « comparabilité des situations ». Il peut être déduit de ces textes que les auteurs du traité ont entendu établir avec force que la constatation d'une discrimination ne peut intervenir qu'après qu'il a été constaté que la différence de traitement incriminée a été opérée entre deux opérateurs placés dans une situation comparable. Cette insistance du traité a manifestement influencé la Cour dans ses premiers arrêts. Ainsi, dès 1956, la Cour faisait observer à une entreprise qui se plaignait d'avoir été victime d'une discrimination, que « *la différenciation des montants de péréquation suivant les conditions de production réelles [instituées par la Haute Autorité] tend à reconnaître des différences existant en fait [existence de conditions géologiques moins favorables] en vue d'assurer un bénéfice égal à des cas comparables et, dès lors, d'éviter des discriminations* »¹²⁰.

Quant à la *notion* même de comparabilité, la Cour établira vite qu'elle est d'ordre objectif et qu'elle ne comporte pas la prise en considération d'éléments purement subjectifs, tels que des liens de parenté entre

¹¹⁷ Arrêt *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c. Haute Autorité*.

¹¹⁸ Dans le sens où le financement de la subvention du charbon luxembourgeois était assurée par un prélèvement spécifique et non par les ressources fiscales générales.

¹¹⁹ Voy, par exemple, dans le contentieux de la fonction publique les arrêts *Zoder c. Parlement* (Tribunal), point 26 et *Pfizer* (T-13/99), point 479, dans le domaine de l'agriculture ou *Adriatica di Navigazione* (Tribunal), point 157 dans le domaine de la concurrence.

¹²⁰ Arrêt *Fédération charbonnière de Belgique c. Haute Autorité et Société des charbonnages de Beeringen c. Haute Autorité*.

des dirigeants de deux entreprises. Ceux-ci ne permettent donc pas à une entreprise de soutenir qu'ils la placent dans une situation différente de celle de ses concurrentes¹²¹.

Dans l'affaire *Erzbergbau*, elle fournit des indications sur les *éléments à prendre en considération dans la comparaison*. Cette affaire avait trait spécifiquement à l'article 70 du traité CECA¹²², relatif au domaine des transports. La Cour en conclut (p. 403) que la référence aux « conditions comparables » contenue dans cet article implique une comparabilité des situations du seul point de vue du transport. En effet, explique la Cour, si la comparaison devait se faire en tenant compte de la totalité des conditions dans lesquelles les entreprises sont placées, cela aboutirait à rendre la comparaison impossible dans la mesure où une entreprise ne serait comparable qu'à elle-même. Cette prise de position de la Cour pourrait être discutée, mais elle a à tout le moins le mérite d'être claire.

Un pas supplémentaire, mais maladroit, dans la mise en exergue du critère de la comparabilité des situations sera fait dans l'affaire *Sociétés des fonderies de Pont-à-Mousson*, dans laquelle la Cour déclara (p. 475) que

« l'existence d'une discrimination, consistant à traiter de manière inégale des situations comparables, suppose l'obligation et la possibilité d'appliquer un traitement identique à tous les intéressés en question ».

Avec cette formulation, qui, dans sa première partie, rappelle le libellé des dispositions du traité, la Cour voulait viser l'« autre » situation pouvant conduire au constat d'une discrimination, celle du traitement identique de situations différentes. La société requérante, fonderie de « première fusion », se plaignait d'avoir été traitée différemment des fonderies dites de « deuxième fusion », avec lesquelles elle estimait être en concurrence, dans la mesure où elle était soumise par la Haute Autorité aux prélèvements de péréquation. Or, lui répondit la Cour, un traitement inégal ne peut aboutir à une discrimination que s'il est appliqué à deux entreprises qui sont dans une situation comparable. Au contraire, affirme-t-elle, c'est en assurant un traitement identique à la requérante et aux fonderies de deuxième fusion qu'aurait été opérée une discrimination, car ces dernières, juge-t-elle après un examen détaillé des faits, se trouvent dans une situation qui n'est pas comparable à celle de la requérante. La formule utilisée par la Cour est toutefois ambiguë, puisqu'elle ne vise cette seconde situation (*situation différente*) de discrimination qu'en expliquant les conditions d'application de la première situation (*situation comparable*).

Pareille ambiguïté est encore plus frappante dans l'affaire *Klöckner-Werke*. La Cour y déclare que les entreprises requérantes, en raison de leur structure juridique comportant l'existence de plusieurs sociétés, ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle de leurs concurrentes ayant une structure

¹²¹ Arrêt *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena*.

juridique unitaire. Ce seul constat aurait dû l'amener à conclure que le traitement différent de ces entreprises ne pouvait en conséquence être discriminatoire. Au contraire, elle déclara que « cette différence [de situation] constitue un élément juridiquement important, pouvant, dès lors, *justifier* un traitement différent ».

L'approche suivie par la Cour est d'autant plus malheureuse que c'est dans cet arrêt qu'elle affirma, pour la première fois, qu'une différence de traitement n'est pas discriminatoire si elle peut être justifiée. Mais cette affirmation perd cependant de sa crédibilité, dès lors que la Cour voit dans une circonstance objective différenciant deux types d'entreprises la *justification* du traitement différent qui leur est appliqué, alors qu'elle aurait dû y voir la *raison* même de leur traitement différent. Et encore aujourd'hui dans sa jurisprudence relative au traité CECA, il arrive au TPI de commettre la même erreur¹²³.

III – Incertitudes théoriques et comportement pragmatique de la Cour

L'examen des premiers arrêts de la Cour sur le traité CECA est loin de représenter un simple exercice de présentation historique de la jurisprudence. Au contraire, l'analyse de cette dernière est riche d'enseignements utiles à la compréhension de la jurisprudence qui se développera et se complexifiera au cours des décennies suivantes à propos du traité CEE (puis CE).

Tout d'abord, il faut relever l'absence de définition théorique. La Cour se montre très pragmatique et aborde la question de la discrimination en fonction des arguments spécifiques qui lui sont présentés par les plaideurs. Ensuite, en répondant à ces arguments, on peut constater que la Cour s'attarde presque exclusivement sur la démonstration de l'existence (ou de l'absence) d'une situation comparable entre l'entreprise requérante et celles de ses concurrentes. Cette attitude est certainement influencée par le libellé du traité, mais il est clair qu'elle contraste assez fort avec la jurisprudence plus récente, dans laquelle la Cour omet très souvent¹²⁴ de se prononcer sur la comparabilité des situations pour s'attacher, parfois exclusivement, à la justification de la mesure jugée discriminatoire¹²⁵. Troisièmement, la lecture de cette jurisprudence témoigne de ce que la plupart des questions cruciales auxquelles la Cour allait être confrontée dans son interprétation du traité CEE étaient déjà identifiées, et

¹²² Le texte de cet article est reproduit sous la note (X)

¹²³ Voy arrêts *British Steel* (T-243/94), point 142 et *Wirtschaftsvereinigung Stahl c. Commission*, point 103. Voy. également le point 98 des conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Jokela* (concernant la PAC).

¹²⁴ La jurisprudence récente dans le domaine de l'égalité entre les sexes constitue une exception à cet égard; voy., en particulier, l'arrêt *Wiener Gebietskrankenkasse*. Cependant, la Cour refusa, à tort, de se prononcer sur la comparabilité de situation entre sages-femmes et ingénieurs de clinique dans l'arrêt *Jämställhetsombudsmannen*. La pertinence du raisonnement qu'elle tient ensuite sur l'existence ou non d'une discrimination ne peut évidemment qu'en souffrir.

¹²⁵ Ce déplacement d'attention de l'étape initiale à l'étape finale du raisonnement pouvant mener au constat d'une discrimination n'est évidemment pas sans conséquences pratiques et théoriques (qui seront examinés lors de l'examen de la jurisprudence des années 1994-2005).

avaient, au moins pour certaines, trouvé une réponse, dans l'interprétation du traité CECA, même si la lecture de la jurisprudence plus récente témoigne aussi de ce que les réponses d'alors ne sont plus nécessairement valables. Enfin, dernière conclusion notable qui peut être dégagée de cette jurisprudence, et qui peut-être vue comme la résultante de la première, c'est l'incertitude que la Cour semble éprouver dans le maniement théorique du concept de discrimination, qu'illustre son arrêt *Klöckner-Werke*¹²⁶.

§ 2 – Premiers pas vers « l'âge d'or » de la jurisprudence sur le traité CEE

La durée de la période transitoire instituée par le traité de Rome variait suivant les domaines d'application du traité. La période elle-même était divisée en trois étapes, la troisième étape devant s'achever au plus tard au 31 décembre 1969. A l'égard de deux domaines essentiels du traité, la libre circulation des marchandises et celle des travailleurs, elle prit fin en 1968, respectivement le 1 juillet¹²⁷ et le 19 octobre¹²⁸. Pour le droit d'établissement et la libre prestation des services, elle ne prit fin qu'au 31 décembre 1969. A l'inverse, elle s'acheva au début de la deuxième étape, soit le 1^{er} janvier 1962¹²⁹, à l'égard du principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes.

I – Ambiguïté de l'arrêt *Gouvernement de la République italienne c. Commission*

L'ambiguïté relevée dans la jurisprudence sur le traité CECA esquissant une définition jurisprudentielle à partir de l'identification des deux situations pouvant mener au constat d'une discrimination (le traitement différent de situations comparables et le traitement comparable de situations différentes) se retrouve, et est même accentuée, dans le seul arrêt rendu durant la période transitoire dans lequel la Cour essaie de cerner, de manière théorique, le concept de discrimination. Dans cet arrêt *Gouvernement de la République italienne c. Commission* de 1963, la Cour était confrontée à une mesure de la Commission ayant autorisé la France à instituer une taxe spéciale sur les seuls produits italiens, à l'exception des mêmes produits originaires, soit des autres Etats de la Communauté,

¹²⁶ Celle-ci s'étendra dans la jurisprudence des décennies suivantes sur le traité CECA également au maniement des mots, lorsque la Cour parlera de « la nécessité d'éviter toute discrimination ou traitement arbitraire », alors qu'il s'agit d'un seul et même concept, voy. arrêt *Ferriera Valsabbia* (209/83), point 14. Cette même confusion dans l'utilisation des mots se retrouvera parfois également dans d'autres domaines, comme celui du contentieux de la fonction publique, voy., par exemple, arrêt *Ferrario*, point 13, dans lequel la Cour parle de « discrimination arbitraire », expression pléonastique puisque, par définition, une discrimination implique nécessairement un traitement arbitraire.

¹²⁷ Voy. la décision du Conseil du 26 juillet 1966, relative à la suppression des droits de douane et à l'interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres et à la mise en application des droits du Tarif douanier commun pour les produits autres que ceux énumérés à l'annexe II du Traité, JO 165 du 21.09.1966, p. 2971.

¹²⁸ Date de publication au JO (L 257, p. 2) du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

¹²⁹ Arrêt *Defrenne II*, point 65.

soit des pays tiers. Le gouvernement italien arguant que cette décision était discriminatoire, la Cour de justice répondit en instaurant une distinction entre *discrimination formelle* et *discrimination matérielle* :

« attendu que le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »¹³⁰.

Le raisonnement de la Cour est très voisin, bien que plus élaboré, de celui tenu dans l'affaire *Klöckner-Werke*. Comme dans cette dernière, la constatation que les situations n'étaient pas comparables – en raison de l'augmentation massive des importations en provenance de la seule Italie – aurait dû l'amener à conclure que leur traitement différent n'était pas en principe discriminatoire. Elle conclut de manière inverse que la non-comparabilité des situations ne permet pas de conclure automatiquement à une discrimination. L'emploi répétitif du terme *discrimination* est malencontreux, dans la mesure où seule ce que la Cour appelle discrimination *matérielle* correspond à la notion juridique de « discrimination » en droit communautaire¹³¹. Il est intéressant à cet égard de noter que cette formule de la Cour suit les suggestions tant de son avocat général que de la Commission.

Comme le dit l'avocat général Lagrange (p. 386), « rien n'est à la fois plus fascinant et plus trompeur que l'égalité ». La formule utilisée par la Cour illustre cet aphorisme : la subtilité dont elle fait preuve pour expliquer le concept de discrimination l'amène à se fourvoyer. La « discrimination formelle » n'existe pas!¹³² En effet, traiter différemment deux personnes qui sont dans une situation différente ne peut jamais, de ce seul fait¹³³, signifier discriminer l'une par rapport à l'autre. Mais cette simple évidence fascine et touche à ce qui est une question fondamentale dans l'application du principe : comment reconnaît-on que deux personnes sont dans une situation comparable ou différente ?

¹³⁰ Pour une analyse détaillée du raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt, voy. K. Lenaerts, « Le principe ... », p. 8.

¹³¹ Alors que ce qu'elle appelle une « apparence de discrimination formelle » correspond simplement au constat que deux situations (ou produits ou personnes) non comparables sont traitées formellement de manière différente.

¹³² Au sens où la Cour l'entend dans cet arrêt. En revanche, il arrive à la Cour d'appeler « discrimination formelle » une discrimination directe ou ouverte, c'est-à-dire fondée sur un critère *formellement* prohibé par le traité, tel la nationalité ou le sexe.

¹³³ Pour ne pas devenir discriminatoire ce traitement différent de situations différentes doit respecter un autre principe général du droit communautaire, celui de la proportionnalité. Cela signifie que la différence de traitement ne doit pas être plus grande que la différence de situations ; sur ce point, voy., par exemple, l'arrêt *Choquet*, points 7 et 8.

Quelques années plus tard, la Cour ne retombera pas dans le même piège dans une affaire de contentieux de la fonction publique¹³⁴. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de ce que le Statut des fonctionnaires réglait les droits pécuniaires de certains agents cessant leurs fonctions de manière différente selon leur grade (A1-A2 (directeur général ou directeur) ou A3 (chef de division)) en ouvrant aux premiers un choix en la matière, choix qui était refusé aux seconds. En réponse à ce grief, la Cour fit remarquer que les dispositions statutaires régissant le statut de ces deux catégories d'agents étaient différentes en ce sens qu'une mesure de retrait d'emploi, par exemple, ne pouvait affecter que les premiers. Dès lors, conclut la Cour, les agents de grade A3 ne pouvaient espérer avoir un droit pécuniaire identique à celui des agents de grade A1-A2 et, en conséquence, qu'« en traitant de manière différente des situations non comparables le [Statut] n'introduit pas de discrimination » (point 18). Àu contraire, ajoute la Cour, c'est en traitant de manière identique ces deux situations différentes qu'il en aurait créée une.

II – Premiers indices d'une approche à géométrie variable

La Cour ne s'est guère intéressée au concept de discrimination après son arrêt *Gouvernement de la République italienne c. Commission*. Aucun arrêt rendu pendant la période transitoire ne contient plus de développements théoriques sur celui-ci, ou même de rappel de ses éléments constitutifs mis en lumière antérieurement.

En revanche, la Cour prit position, de manière très ferme, sur trois questions importantes liées directement ou indirectement à l'application du principe. Ces positions marqueront de façon durable, voire définitive, sa jurisprudence ultérieure.

Tout d'abord, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, elle souligna, dans l'affaire *Sociaal fonds voor Diamantarbeiders*, que le respect du principe de non-discrimination ne suffit pas à assurer la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire :

« La place de ces articles [23 et 24] en tête de la partie réservée aux « fondements de la Communauté »¹³⁵ suffit à marquer le rôle essentiel des interdictions édictées [par ces articles] ; en édictant l'interdiction des droits de douane, le traité ne distingue pas entre les marchandises selon qu'elles entrent ou non en concurrence avec les produits du pays importateur ; l'abolition des barrières douanières ne vise donc pas exclusivement à éliminer leur caractère protecteur, le traité ayant au

¹³⁴ Arrêt *Pasetti-Bombardella c. Commission*.

contraire entendu donner à la règle de l'élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent une portée et un effet généraux en vue d'assurer la libre circulation des marchandises ; dès lors une charge pécuniaire (...) frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent alors même (...) qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur »¹³⁶.

Avec cet arrêt, intervenu peu après la fin de la période de transition dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la Cour conférait donc un statut spécial aux dispositions du traité prohibant les taxes d'effet équivalent. Dans ce domaine, comme l'expliquait l'avocat général Gand dans ses conclusions (pp. 225 et 230), la discrimination n'est pas la condition sine qua non de l'application du traité ; ce qui importe c'est l'existence d'une entrave, d'un obstacle à la libre circulation des marchandises.

Cette affirmation de la Cour, dégagée à propos des mesures tarifaires connaîtra un prolongement, cependant moins fort et surtout moins définitif, en ce qui concerne les mesures non tarifaires (mesures d'effet équivalent) dans l'affaire *Dassonville* en 1974. Elle distinguera aussi durablement le domaine de la libre circulation des marchandises des autres libertés fondamentales consacrées par le traité. Aujourd'hui encore, le rapprochement depuis le début des années nonante dans la jurisprudence relative aux quatre libertés, ne peut être constaté, à propos de la libre circulation des marchandises, qu'en ce qui concerne les mesures non tarifaires (les mesures d'effet équivalent). La jurisprudence relative aux taxes d'effet équivalent reste unique en ce que le concept de discrimination n'y joue aucun rôle.

Ensuite, le premier arrêt rendu par la Cour dans le domaine de la libre circulation des travailleurs après la fin de la période de transition influencera aussi pendant très longtemps sa jurisprudence dans cette matière. Dans cet arrêt *Ugliola*, la Cour était invitée à répondre à la question de savoir si le règlement 1612/68 permet à un ressortissant d'un Etat membre, travaillant dans un autre Etat membre, de revendiquer que le temps de son service militaire soit pris en considération pour la durée de son activité auprès de son employeur, le prémunissant ainsi de désavantages pécuniaire pendant cette période. La Cour, au terme d'un raisonnement très court caractéristique de cette époque, répondit que :

« l'article [39] du traité lui-même ne permet pas qu'en dehors des cas expressément visés à son paragraphe 3 des Etats puissent déroger à

¹³⁵ Suite à l'entrée en vigueur de traité sur l'Union européenne (TUE), article G, point D, l'article 23 ouvre dorénavant la troisième partie du traité CE intitulée « Les politiques de la Communauté ».

¹³⁶ Voy également l'arrêt rendu le même jour dans l'arrêt *Commission c. République italienne* (« droit de statistique » - 24-68).

l'égalité de traitement ou à l'identité de protection voulues par le traité entre tous les travailleurs de la Communauté » (point 6).

Cette position de la Cour sera réaffirmée pendant plus de vingt ans¹³⁷, jusqu'à l'aube des années nonante et en particulier jusqu'à l'arrêt *Bachmann* de 1992 (voy. *infra*).

Trois constatations peuvent être faites à propos de l'arrêt *Ugliola*. Premièrement, la Cour ne faisait, implicitement, que confirmer l'affirmation de l'AG Lagrange dans l'affaire *Erzbergau*, selon laquelle le principe de non-discrimination ne peut souffrir aucune exception ni dérogation (sauf bien entendu celles voulues par le traité lui-même).

Deuxièmement, il faut relever que la Cour prononcera le caractère discriminatoire de la législation allemande incriminée après avoir relevé (point 4) que « le caractère des conséquences [pécuniaires impliquées par l'absence due au service militaire] ne change pas en substance selon que les travailleurs sont appelés sous les drapeaux par l'Etat où ils travaillent ou par un autre Etat membre dont ils ont la nationalité ». Elle constata donc, d'abord, qu'ils étaient dans une situation comparable par rapport au bénéfice revendiqué avant de conclure à l'existence d'une différence de traitement discriminatoire. En revanche, elle abandonnera plus tard cette attitude dans deux autres affaires mettant aussi en cause un bénéfice lié, soit à l'accomplissement des obligations militaires¹³⁸, soit fondé sur un engagement dans les forces armées pendant la seconde guerre mondiale¹³⁹. Dans ces deux cas, elle conclura que les travailleurs migrants ne peuvent prétendre aux bénéfices en cause, non pas parce qu'ils ne se trouvent pas dans une situation non comparable, examen auquel elle ne se livre pas, mais parce que ces bénéfices ne constituent pas, selon elle, des avantages sociaux^{140 141} au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 1612/68/CEE.

Troisièmement, même si le raisonnement tenu dans l'arrêt *Ugliola* paraît être le seul cohérent avec la définition du principe de non-discrimination - si on le compare au revirement opéré par la Cour depuis la jurisprudence *Bachmann* - il n'en demeure pas moins que, même dans cet arrêt, la Cour prit quelque liberté avec le libellé du traité. Selon les termes de l'article 39, paragraphe 3, seuls les droits mentionnés

¹³⁷ De l'arrêt *Marsman* (1972) point 4 à l'arrêt *Masgio* (1991), point 45.

¹³⁸ Arrêt *De Vos*.

¹³⁹ Arrêt *Even*.

¹⁴⁰ Continuation du versement des cotisations patronales et salariales à la caisse de retraite complémentaire à laquelle il est affilié dans l'Etat membre d'emploi, dans l'affaire *De Vos* ; droit à une pension de retraite anticipée et non réduite de travailleur salarié dans l'affaire *Even*. A tout le moins dans l'affaire *De Vos*, le raisonnement de la Cour est peu convaincant. Tel est également le point de vue de S.Robin-Olivier, p. 72, qui constate que la seule différence entre les deux cas résidait dans le fait que, dans un cas, l'employeur supportait seul la charge de l'avantage alors que dans l'autre, cette charge était supportée par l'Etat.

¹⁴¹ Ni même une prestation de sécurité sociale dans le cas d'une prestation accordée aux anciens prisonniers de guerre, en vertu de l'article 4, paragraphe 4, du règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité

dans cette disposition (droit d'entrer, de séjour, de recherche d'un emploi et de demeurer) sont soumis aux réserves d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. En revanche, les droits conférés par le paragraphe 2 du même article (droit à l'égalité de traitement en matière de conditions de travail, de rémunération et de licenciement) ne peuvent faire l'objet d'aucune limitation¹⁴². Jamais la Cour ne semble s'être arrêtée sur cette question depuis l'arrêt *Ugliola*.

Enfin, dans un troisième arrêt¹⁴³, elle se prononça sur une question qui, plus de 20 ans plus tard, trouvera une confirmation, implicite, dans un arrêt fondamental du domaine de l'égalité entre hommes et femmes, l'arrêt *Barber*. Dans l'arrêt *De Wendel*, la Cour déclara que « l'application à plusieurs transactions d'un prix final identique ou analogue n'écarte pas, par elle-même, la possibilité d'une discrimination ; (...) que c'est seulement dans la mesure où chacun des éléments ayant concouru à la fixation d'un prix final identique a été établi selon des critères objectifs, appliqués de manière uniforme à toutes les transactions comparables, que le principe de non-discrimination se trouve respecté ». C'est un raisonnement tout à fait similaire que la Cour tiendra 20 ans plus tard dans l'arrêt *Barber* quand elle déclarera qu'en matière « d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, une véritable transparence, permettant un contrôle efficace du juge national, n'est assurée que si le principe d'égalité doit être respecté pour chacun des éléments de la rémunération respectivement accordée aux hommes et aux femmes et non pas globalement au niveau de l'ensemble des avantages consentis aux uns et aux autres » (point 34). Son raisonnement était toutefois plus convaincant dans l'affaire *De Wendel*, dans la mesure où dans l'affaire *Barber* la Cour appuie sa conclusion exclusivement sur la nécessité d'assurer la possibilité d'un contrôle juridictionnel de l'application du principe de non-discrimination¹⁴⁴.

III – Etat des lieux à la fin de la période transitoire

Deux conclusions essentielles semblent pouvoir être tirées des arrêts rendus durant la période transitoire. D'une part, l'incertitude de la Cour dans le maniement *théorique* du concept de discrimination, constatée dans les premiers arrêts rendus sur le traité CECA, fut confirmée dans

sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; voy. également l'arrêt *Gillard*

¹⁴² Cette distinction est elle-même respectée dans le droit dérivé adopté en vue de la mise en œuvre de ces dispositions. Les exceptions prévues au paragraphe 3 se retrouvent insérées dans la directive 68/360/CEE du Conseil relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968, p. 13) qui met en œuvre le paragraphe 3. Elles sont absentes du règlement 1612/68/CEE, qui met en œuvre le principe de non-discrimination édicté par le paragraphe 2.

¹⁴³ Arrêt *De Wendel*.

¹⁴⁴ Voy aussi l'arrêt *Jørgensen*, point 28 dans lequel la solution de l'arrêt *Barber* est étendue à tous les aspects du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Dans sa jurisprudence postérieure, notamment dans l'arrêt *Elsner-Lakeberg* (point 15), la Cour fondera son affirmation sur la nécessité d'une « véritable transparence, permettant un contrôle efficace ».

l'interprétation du traité CEE. La Cour procédait par tâtonnements sans vouloir, ou pouvoir, donner de ce concept une définition tranchée et définitive. En revanche, elle ne semble avoir eu guère de difficultés dans l'application *pratique* de l'interdiction des discriminations. Mais sans plus mettre en avant le critère de la comparabilité des situations, ce qui peut peut-être s'expliquer par l'absence, dans le traité CEE, d'indications semblables à celles figurant dans le traité CECA.

D'autre part, ses arrêts *Sociaal Fonds voor Diamantarbeiders* et *Ugliola* annoncent et préfigurent l'« âge d'or » de la jurisprudence dans les domaines de la libre circulation des marchandises et des travailleurs. Ils révèlent aussi qu'elle n'accordait pas la même valeur aux quatre libertés fondamentales du traité (des marchandises, des personnes, des services et des capitaux), l'interdiction des discriminations apparaissant comme un critère absolu dans la libre circulation des travailleurs, mais comme ne jouant qu'un rôle marginal dans la libre circulation des marchandises¹⁴⁵. La distinction entre ces libertés, qui sera amplifiée par la jurisprudence des années septante¹⁴⁶, se justifiait en raison des objectifs poursuivis par les auteurs du traité et du contexte dans lequel s'inséraient les dispositions interprétées. Ces causes objectives justifiant une approche différente seront toutefois progressivement obliées à partir des années quatre-vingt. Il est permis de penser que c'est, au moins partiellement, cet oubli des raisons objectives de la différenciation originale qui est la cause du malaise persistant que la Cour éprouvera à expliquer et justifier le rapprochement de ses jurisprudences sur les quatre libertés.

Section 2 – Consécration de la jurisprudence traditionnelle (1969 – 1979)

La décennie qui va de l'arrêt *Ugliola* au jugement rendu le 20 février 1979 dans l'affaire *Cassis de Dijon*¹⁴⁷ est sans aucun doute cruciale dans le développement du droit communautaire. C'est durant celle-ci qu'elle va, pour la première fois, donner une définition théorique complète du principe d'égalité (§ 1). S'appuyant sur le libellé différent des différentes dispositions gouvernant les libertés de circulation des marchandises, des travailleurs et des services, elle va par ailleurs consacrer l'application à géométrie variable du principe de non-discrimination dans ces différentes libertés et justifier cette asymétrie (§2). Mais dès cette époque elle fut aussi confrontée à préciser les limites éventuelles du principe d'égalité (§3).

¹⁴⁵ Ce qu'indique déjà le libellé différent des dispositions gouvernant ces deux libertés, voy *supra*.

¹⁴⁶ Dans la libre circulation des marchandises, l'arrêt *Dassonville* consacrera l'interdiction des *entraves* ; dans la libre circulation des travailleurs, les arrêts *Commission c. France* de 1973 (« code du travail maritime » - 167-73) et *Walrave*, par exemple, la Cour s'attachera exclusivement à l'*égalité* entre travailleurs nationaux et travailleurs communautaires.

¹⁴⁷ Arrêt *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, .

Les réponses, claires, apportées durant cette époque ont profondément marqué et influencé la jurisprudence future et participaient de ce que l'on pourrait qualifier « d'âge d'or » de la jurisprudence, c'est-à-dire une période durant laquelle la jurisprudence était lisible, et prévisible, même si certaines orientations étaient certainement discutables. Ces trois mêmes questions – définition de l'égalité, application asymétrique ou non selon les domaines d'application et limites éventuelles du droit à l'égalité – sont des questions toujours actuelles. Il peut assurément être argué que les réponses qu'elle y apporte ne sont plus aussi lisibles.

§ 1 - Définition théorique et affinements des concepts

I – L'arrêt *Rückdeschel*, définition du principe d'égalité

Tant la Cour que la doctrine¹⁴⁸ ont l'habitude de citer l'arrêt *Rückdeschel*¹⁴⁹ comme celui dans lequel pour la première fois, d'une part, est affirmée l'idée que l'interdiction de discrimination édictée par le traité CEE n'est que l'« expression spécifique » du principe général d'égalité, et, d'autre part, est donnée une définition théorique de ce principe :

« qu'il n'en reste pas moins que l'interdiction de discrimination énoncée à [l'article 34, paragraphe 2 du traité] n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ;

que ce principe veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée ».

Cette définition, qui s'appuie sur les précédents concernant le traité CECA et sur celui de l'arrêt *Gouvernement de la République italienne c. Commission* est toutefois beaucoup plus claire que ces esquisses antérieures. Cette définition est cruciale dans la mesure où elle contient plusieurs des éléments utiles et nécessaires à la constatation d'une discrimination : *comparabilité des situations*, laquelle suppose, comme la Cour le fait observer dans le même arrêt, que l'on recherche si les produits ou les personnes que l'on veut comparer se trouvent effectivement dans une situation comparable¹⁵⁰, et *justification objective* éventuelle du traitement différent appliqué aux produits ou aux personnes comparés. Chacun de ces deux critères pose cependant un autre problème non abordé par la Cour dans

¹⁴⁸ Voy, par exemple, S. Robin-Olivier, p. 19. Selon R. Hernu, p. 44, cet arrêt « globalise donc un principe dont le caractère fondamental avait été reconnu dans des domaines particuliers ».

¹⁴⁹ Ou l'arrêt *Moulin Pont-à-Mousson* rendu le même jour.

¹⁵⁰ En l'occurrence, il s'agissait de deux produits agricoles, le quellmehl et l'amidon.

cet arrêt. A l'égard du premier, manquent les éléments permettant de déterminer *comment sélectionner les groupes à comparer*, mais cette recherche souvent capitale dans le domaine de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins¹⁵¹ était inutile en l'espèce. A l'égard du second, manquent des précisions sur ce qu'est exactement une justification *objective*.

Cet arrêt s'appuyait sur des conclusions très détaillées de l'avocat général Capotorti. Il est intéressant, notamment, de relever que c'est lui qui mit en évidence le fait que « *le principe de non-discrimination s'identifie avec celui de l'égalité de traitement* » - identification qui marque encore fortement la jurisprudence actuelle tant de la Cour que du Tribunal, mais que les développements récents, principalement législatifs invitent à remettre en question ; voy. *infra* - et qui réaffirma ce qui avait été proclamé par la Cour dans l'affaire *Erzbergbau*, à savoir que « *la notion de comparabilité des situations ne doit pas être confondue avec l'identité absolue de celles-ci* ».

Après avoir donné une définition théorique du principe d'égalité, la Cour va, dans le même arrêt, suivre un raisonnement, en étapes successives, qui constitue *le* modèle qui devrait être suivi chaque fois que se pose la question d'une éventuelle discrimination.

Elle énonce, *d'abord*, qu'il y a lieu de rechercher si les deux produits en cause, le quellmehl et l'amidon, se trouvent dans des situations comparables, en précisant que cela implique, en l'espèce, de vérifier si le second peut être substitué au premier dans l'utilisation spécifique qui est traditionnellement faite de ce produit. Ayant constaté que tel est le cas, elle constate, *ensuite*, que ces produits doivent être traités de manière égale, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Ayant examiné tous les arguments présentés à cet égard, elle affirme que l'existence de circonstances objectives qui auraient pu justifier cette différence de traitement n'a pas été établie. Elle conclut donc, *enfin*, que le traitement différent institué entre les deux produits « équivaut à une méconnaissance du principe d'égalité ». La Cour s'écartera, souvent radicalement, de ce modèle dans sa jurisprudence des années nonante, surtout à partir de l'arrêt *Bachmann* (cfr. *infra*).

Mais durant cet « âge d'or » de la jurisprudence, on peut estimer qu'elle appliqua scrupuleusement le raisonnement évoqué ci-dessus. Ce raisonnement par étapes lui permit ainsi de constater, soit que les deux catégories de personnes ou de produits à comparer ne se trouvaient pas dans une situation comparable¹⁵², soit que le traitement différent de ces catégories était, selon le cas, objectivement justifié¹⁵³ ou non¹⁵⁴. Il convient de souligner que ces différents arrêts ont tous trait, soit à la PAC, soit

¹⁵¹ Voy, notamment, les arrêts *Wiener Gebietskrankenkasse* et *Royal Copenhagen*.

¹⁵² Arrêt *Denkavit* (36/79), points 14 à 17 et *Koninklijke Scholten-Honig*, points 26 à 32 dans le domaine de la politique agricole commune ; arrêt *Besnard*, points 34 à 38, dans le domaine du contentieux de la fonction publique.

¹⁵³ Arrêt *Hoffmann's Stärkefabriken*, points 17 à 21 (domaine de la PAC).

¹⁵⁴ Arrêt *Bauduin*, points 6 à 13 (domaine du contentieux de la fonction publique).

au contentieux de la fonction publique européenne. On peut d'ailleurs ajouter que ces deux domaines sont les seuls dans lesquels, globalement, la Cour continuera fidèlement d'appliquer le principe énoncé dans l'arrêt *Rückdeschel*.

II – L'importance confirmée de la comparabilité des situations

Ainsi que relevé à propos de la jurisprudence sur le traité CECA, il s'impose, avant de chercher à établir si une discrimination est opérée, de vérifier, préalablement, si les deux personnes ou les deux produits sont dans une situation comparable. Dans sa jurisprudence des années cinquante, la Cour, tout en insistant fortement – à juste titre – sur cette question, n'éprouva que rarement des difficultés à résoudre celle-ci.

Dans son interprétation du traité CEE (puis CE), elle se trouva confrontée à une tâche beaucoup plus ardue que parfois, aujourd'hui¹⁵⁵ encore, elle tente d'éviter. Cette attitude paraît pourtant en contradiction avec le raisonnement par étapes successives qu'impose la définition même du principe d'égalité.

Dans les années septante, c'est dans le contexte de l'application de l'article 90 du traité CE qu'elle eut à s'attacher à ce problème. Cette disposition a pour objet d'écarter les restrictions déguisées à la libre circulation des marchandises qui peuvent résulter des dispositions fiscales d'un Etat membre¹⁵⁶ en interdisant toute discrimination à l'encontre des produits importés par le moyen d'impositions intérieures¹⁵⁷. Mais ainsi que le releva la Cour, la mise en œuvre de cette disposition implique « l'application de critères permettant de reconnaître l'existence ou l'absence de cette similitude » entre produits nationaux et produits importés¹⁵⁸. Ainsi dans l'affaire *Rewe-Zentrale*, elle releva qu'en l'espèce il y avait lieu de comparer l'imposition de produits qui, au même stade de production ou de commercialisation, présentent au regard des consommateurs des propriétés analogues et répondent aux

¹⁵⁵ Jusqu'à très récemment, la Cour avait pu esquiver de devoir procéder à cette tâche, ardue reconnaissons-le, dans le domaine de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins. Cependant, les faits de l'affaire *Jämställdhetsombudsmannen*, - deux sages-femmes se plaignant d'avoir une rémunération inférieure à un « ingénieur de clinique » - incitèrent la Commission à suggérer à la Cour de dire pour droit, pour la première fois, que la question d'une discrimination éventuelle posée par le juge suédois ne méritait une réponse que si, préalablement, il était constaté que les deux groupes de travailleurs effectuent un travail de même valeur. Tout en reconnaissant, lors de l'audience, que la Commission avait identifié le problème essentiel posé par cette affaire, la Cour, dans son arrêt, négligea cette invitation en se bornant à constater qu'elle n'avait pas été saisie de cette question par le juge national, reproduisant ainsi la même attitude contestable que celle adoptée dans l'affaire *Enderby* (points 8 à 11).

¹⁵⁶ Arrêt *Schöttle*, point 12.

¹⁵⁷ Arrêt *Demag*, point 7.

¹⁵⁸ Arrêt *Rewe-Zentrale* (45-75), point 12.

mêmes besoins (point 13)¹⁵⁹. Et après avoir attiré l'attention du juge national qui l'avait saisie, la Cour se livra elle-même à cet examen de comparabilité.

Pour pouvoir prétendre avoir été discriminé, il convient avant toute chose établir par rapport à qui ; il faut donc se trouver une personne ou un groupe auquel se comparer. Et comme l'a écrit Banton « *the selection of an appropriate comparator becomes crucial* »¹⁶⁰. La question soulève en général beaucoup moins de problèmes dans le domaine de la libre circulation que dans celui de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins. La jurisprudence relative au premier domaine recèle toutefois parfois d'étonnants exemples.

Ainsi, dans l'affaire *Mura*¹⁶¹, une question était soumise à la Cour concernant la compatibilité de règles anticumul nationales avec le règlement 1408/71. Le premier argument avancé par le gouvernement défendeur était que l'application de ces règles nationales était nécessaire afin d'éviter que le travailleur migrant ne soit avantagé par rapport au travailleur national sédentaire. A cet argument, la Cour répond qu'il ne peut être retenu, « *une discrimination ne pouvant être relevée dans un cas de situations légales qui ne sont pas comparables ; que les éventuelles divergences existant au bénéfice des travailleurs migrants sont le fait non de l'interprétation du droit communautaire, mais du manque d'un régime commun de sécurité sociale, ou du défaut d'harmonisation des régimes nationaux existants* ».

L'affirmation est étonnante si on la renverse. En effet, si le travailleur sédentaire ne peut se plaindre d'être discriminé par rapport à un travailleur migrant parce qu'ils ne sont pas dans une

¹⁵⁹ D'où la nécessité d'une interprétation large de cette disposition, de sorte que c'est en fonction d'un critère non d'identité rigoureuse, mais d'analogie et de comparabilité dans l'utilisation qu'il convient de déterminer le champ d'application de son premier alinéa (arrêt *Commission c. France* « eaux-de-vie », 168/78), point 5). Dans son analyse de la comparabilité de la situation, la Cour arrive parfois à un tel constat de situation comparable – *Commission c. Danemark*, (« régime fiscal des alcools » - 106/84), concernant les vins de raisins et les vins de fruits après avoir pris en considération un ensemble de caractéristiques objectives, telles que leur origine, leurs procédés de fabrication, leurs qualités organoleptiques, notamment leur goût et leur teneur en alcool, ainsi que le fait que les deux catégories de boissons sont susceptibles ou non de répondre à des besoins identiques des consommateurs, cette identité s'appréciant non pas en fonction des habitudes de consommation existantes, mais au vu des possibilités d'évolution de ces habitudes et, essentiellement, sur la base des caractéristiques objectives qui font qu'un produit est susceptible de répondre, au regard de certaines catégories de consommateurs, aux mêmes besoins qu'un autre – ou au contraire à une conclusion d'absence de comparabilité – *John Walker*, concernant le whisky et les vins de fruits et de liqueur, la Cour aboutissant à cette conclusion sur base des mêmes critères que ceux de l'arrêt *Commission c. Danemark*.

¹⁶⁰ M. Banton, « Discrimination entails comparison », *Non-Discrimination Laws : Comparative Perspectives*, T. Loenen & P. Rodrigues ed, M. Nijhoff, 1999, pp. 107 et 117. Voy aussi l'affirmation identique du juge Binnie de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Granovski c. Canada*.

¹⁶¹ Points 9 et 10.

situation comparable, comment ce dernier peut-il alors par ailleurs invoquer le bénéfice du droit à l'égalité par rapport au premier ?¹⁶²

Il est par ailleurs tentant de confronter cette affirmation avec le raisonnement suivi dans l'article 90 du traité à la même époque. Ainsi que rappelé *supra*, cette disposition vise à éviter qu'un Etat membre, par le biais de son système d'imposition intérieure, ne « favorise » ses produits nationaux par rapport aux produits importés similaires. Aussi, dans une jurisprudence constante, la Cour jugea que pour que cette disposition ne soit pas violée, il faut que l'imposition grevant le produit importé reste égale ... ou *inférieure* à celle s'appliquant au produit national¹⁶³. La Cour n'en a pas conclu pour autant que le fait que l'application de la mesure nationale puisse aboutir à avantager le produit importé ne pouvait être jugé discriminatoire parce que les produits auraient cessé d'être dans une situation comparable. Elle se borna simplement à tirer la conséquence de l'objectif poursuivi par la disposition, à savoir éviter que ne soit favorisé le produit national au détriment du produit importé. L'imposition du seul produit national ou son imposition plus forte ne peut donc être jugée contraire à l'article 90, aboutissant de la sorte à une discrimination *à rebours* de celui-ci¹⁶⁴.

III – Discriminations directes et indirectes, émergence de la distinction

Si durant cette époque, la Cour de justice attribuait un rôle différent à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité dans les différentes libertés de circulation, elle va également définir différemment les concepts de discrimination *directe* et *indirecte* selon que le motif de différenciation est la nationalité ou le sexe.

1) L'arrêt *Sotgiu* dans la libre circulation des personnes et des services

« Attendu que les règles d'égalité de traitement, tant du traité que de l'article 7 du règlement 1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ;

¹⁶² La même affirmation déconcertante sera formulée 20 ans plus tard dans l'arrêt *Cirotti*, point 33. Ce n'est bien entendu pas la réponse que fournit la Cour à l'argument soulevé qui est critiquable, mais seulement la motivation de cette réponse. S. Robin-Olivier, (pp. 130 et 131) a très justement écrit que l'égalité de traitement entre migrants et non-migrants prévue par le règlement 1408/71 ne peut être invoquée *que* dans le sens de la protection des migrants et qu'il n'est donc pas indifférent que le groupe défavorisé soit celui des nationaux ou celui des ressortissants des autres Etats membres. Il eût donc été souhaitable que la Cour parle du champ d'application personnel du droit à l'égalité dans une telle hypothèse (et donc d'un droit à l'égalité de traitement tiré de l'exercice de la libre circulation) plutôt que de s'appuyer sur l'absence de comparabilité des situations.

¹⁶³ Arrêt *Bobie Getränkevertrieb*, point 3.

¹⁶⁴ Arrêt *Peureux*, points 32 et 33.

Que cette interprétation, nécessaire pour garantir l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la Communauté, est explicitement reconnue par le cinquième considérant du préambule du règlement 1612/68, qui exige que l'égalité de traitement des travailleurs soit assurée « en fait et en droit » ».

Cette affirmation énoncée par la Cour dans l'arrêt *Sotgiu* (point 11) est sans conteste d'une importance au moins aussi capitale que celle de l'arrêt *Rückdeschel*. Sans elle, il est certain que la Cour n'aurait pu interpréter de manière aussi extensive le principe de non-discrimination. Une fois encore, les conclusions de l'avocat général Mayras permettent de mieux comprendre la motivation de la Cour : « *mais la discrimination peut être dissimulée ou déguisée. (...) Ne doit-on pas, en de tels cas, allant au-delà des apparences, sanctionner une violation de l'égalité de traitement qui peut être comparée à un véritable détournement de pouvoir au sens du droit communautaire ?* » (p. 173).

Dans le domaine du droit d'établissement et de la libre prestation de services, la Cour fournira dans les arrêts *Thieffry et Koestler*¹⁶⁵ des indications précises sur ce qu'il faut entendre par « discrimination déguisée » en se basant sur les indications mentionnées dans les Programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services de 1961¹⁶⁶ : par « discrimination déguisée », il faut entendre les conditions auxquelles une disposition législative, réglementaire ou administrative, ou une pratique administrative, subordonne l'accès ou l'exercice d'une activité non salariée qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, gênent exclusivement ou principalement l'accès ou l'exercice de cette activité par des étrangers.

Il est important de noter que les termes « bien qu'applicables sans acception de nationalité » ne servent qu'à qualifier une discrimination déguisée. Il en va de même du mot « gênent » qui dans l'esprit de la Cour, à cette époque, signifiait « rendent plus difficile », c'est-à-dire discriminent. Dans sa jurisprudence des années nonante, la Cour utilisera néanmoins la même expression pour expliquer que l'article 49 du traité prohibe non seulement les discriminations, mais aussi les entraves non discriminatoires.

Enfin, il convient de rappeler que la discrimination « directe » est celle qui est fondée sur un motif formellement prohibé par le traité, soit la nationalité ou le sexe généralement, mais pas exclusivement. Ainsi, à l'article 49 du traité, le critère de discrimination formellement prohibé est celui du lieu d'établissement du prestataire de services. Une discrimination à son encontre basée sur ce motif doit en conséquence être regardée comme constituant une discrimination directe ... avec les conséquences

¹⁶⁵ Aux points 13 et 4 respectivement.

¹⁶⁶ Respectivement JO 1962, p. 36 et 62.

qui en découlent, en matière de justification par exemple. Dès 1986¹⁶⁷, mais plus encore après 1993, la Cour – une fois encore sans explication – se distancierait nettement de ce constat.

La manière dont la Cour a initialement abordé la problématique de cette distinction dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs migrants, domaine directement lié à celui de la libre circulation des travailleurs dans lequel fut rendu l'arrêt *Sotgiu*, révèle aussi de façon intéressante que l'extension de l'interdiction des discriminations aux discriminations déguisées n'a peut-être pas été aussi naturelle que la lecture de l'arrêt *Sotgiu* semble l'indiquer.

L'article 3, paragraphe 1, du règlement 1408/71¹⁶⁸ constitue une expression spécifique du principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, contenue à l'article 12 du traité, dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs migrants. Son objet est d'assurer, au profit des travailleurs couverts par le règlement, l'égalité en matière de sécurité sociale sans distinction de nationalité, en supprimant toute discrimination à cet égard résultant des législations nationales des Etats membres¹⁶⁹. La Cour jugea pourtant en 1973 dans l'affaire *Smieja* que cette disposition exige seulement la suppression des discriminations directes fondées sur la nationalité, mais ne vise pas les discriminations fondées sur la résidence (point 12).

La Cour nuance toutefois cette conclusion à l'attendu suivant dans lequel elle déclare que cette « constatation n'exclut pas que les distinctions basées sur la résidence puissent être visées par d'autres dispositions » du règlement. Mais cette affirmation complémentaire implique néanmoins qu'à défaut de précision explicite dans un secteur spécifique de la sécurité sociale, le principe général d'égalité formulé à l'article 3, paragraphe 1, ne s'étendrait pas aux discriminations indirectes. Appliquer littéralement cette affirmation aux dispositions du traité reviendrait à considérer que l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité inscrite à l'article 12 du traité ne peut s'étendre aux discriminations indirectes que dans les domaines où une telle extension est expressément prescrite!¹⁷⁰.

Si la solution de l'arrêt *Sotgiu* ne s'est peut-être pas dégagée de manière aussi naturelle que l'on aurait pu le penser, en revanche, sa mise en œuvre par la suite, même dans le domaine de la sécurité sociale, n'a jamais soulevé le moindre problème. Ainsi en 1979 dans l'affaire *Toia*, elle jugera à propos du même article 3, paragraphe 1, du règlement 1408/71 que celui-ci prohibe les discriminations

¹⁶⁷ Dans les arrêts « coassurances » *Commission c. France* et *Commission c. Allemagne* ; voy. *infra*.

¹⁶⁸ Devenu article 4 dans le règlement 883/2004, dit « de simplification », ayant remplacé le règlement 1408/71.

¹⁶⁹ Arrêt *Smieja*, point 11.

¹⁷⁰ On doit à l'ordre chronologique des arrêts de convenir que l'arrêt *Smieja* fut rendu trois mois avant l'arrêt *Sotgiu* - et un mois avant les conclusions de l'avocat général Mayras - et qu'il était plus aisé pour la Cour de formuler une interdiction des discriminations déguisées à propos du règlement 1612/68 que dans le contexte d'un règlement éminemment technique.

déguisées en reproduisant une formule identique à celle de l'arrêt *Sotgiu* et sans faire la moindre allusion à l'interprétation différente donnée dans l'arrêt *Smieja*.

Si la distinction entre les deux types de discrimination était claire et fondée sur un raisonnement logique dans le domaine de la libre circulation, des personnes et des services, une signification tout autre fut d'abord assignée par la Cour à cette distinction dans le domaine de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins.

2) L'arrêt *Defrenne II* dans l'égalité entre hommes et femmes

« Il y a lieu d'établir une distinction, à l'intérieur du champ d'application global de l'article [141], entre, d'une part, les discriminations directes et ouvertes, susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération retenus par l'article cité, et, d'autre part, les discriminations indirectes et déguisées qui ne peuvent être identifiées qu'en fonction de dispositions d'application plus explicites, de caractère communautaire ou national ;

parmi les discriminations directes susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères fournis par l'article 119, il faut compter notamment celles qui ont leur source dans des dispositions de nature législative ou dans des conventions collectives du travail, de telles discriminations étant décelables sur base d'analyses purement juridiques ;

qu'à tout le moins dans [l'hypothèse d'une discrimination directe], l'article [141] est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder »¹⁷¹.

La compréhension de ces différentes affirmations de la Cour est pour le moins malaisée. Tout d'abord, la Cour considère que constitue une discrimination « directe » celle qui peut être identifiée au moyen du seul critère de l'identité de travail ou d'égalité de rémunération. Pareille considération est à tout le moins ambiguë. En effet, à la lecture de l'article 141, il apparaît que la discrimination directe est celle qui est spécifiquement fondée sur le sexe des travailleurs. L'identité de travail ou l'égalité de rémunération jouent un rôle différent : cette dernière constitue le domaine d'application matériel de la

disposition, la première étant la condition d'application de celle-ci, celle qui sert à établir si travailleurs masculins et féminins sont dans une situation de comparabilité¹⁷². Même si, comme le dira plus tard l'avocat général VerLoren Van Themaat dans l'affaire *Burton*, il eut été plus approprié de distinguer entre discriminations « que le juge peut constater directement » et discriminations « que le juge ne peut pas constater directement », il n'en reste pas moins que même en tenant compte de cette précision terminologique le raisonnement de la Cour est peu satisfaisant.

Il l'est d'autant moins que c'est en s'appuyant précisément sur cette distinction confuse que la Cour tire la conséquence que ce n'est qu'en présence d'une discrimination ouverte que l'article 141 produit, en toute hypothèse, un effet direct. Or, il résulte de l'arrêt *Sotgiu* que la distinction entre discriminations directes et indirectes ne sert qu'à permettre d'appréhender d'autres types de discriminations que celles interdites en raison d'un motif formellement mentionné, et donc à étendre le champ d'application de l'interdiction. Mais, en aucun cas, la distinction ne peut servir à établir un régime d'application différent selon que l'on se trouve en présence de l'une ou de l'autre^{173 174}.

Cette première divergence d'approche dans l'application du principe de non-discrimination – sa définition même – entre les libertés fondamentales et l'égalité entre les sexes est vraisemblablement fondée sur la différence de statut, dans le système du traité, entre les dispositions consacrées à ces deux domaines du droit communautaire. Différence sur laquelle l'avocat général Trabucchi attirait l'attention de la Cour en soulignant « qu'à la différence de la libre circulation des personnes, le principe de l'égalité des salaires n'est pas inscrit parmi les objectifs fondamentaux du traité »¹⁷⁵.

IV – Concept de « traitement égal »

Si l'on s'interroge sur la portée de l'obligation d'octroi d'un traitement égal aux ressortissants nationaux et communautaires, la première réflexion qui vient immédiatement à l'esprit, c'est que cette obligation signifie que le *même* traitement doit être accordé aux uns et aux autres lorsqu'ils sont dans une situation comparable. Cette réflexion est correcte et l'obligation qu'elle implique est également

¹⁷¹ Points 18, 21 et 24 de l'arrêt *Defrenne II*.

¹⁷² Voy, par exemple, l'arrêt *Wiener Gebietskrankenkasse*.

¹⁷³ Tel est en tout cas le constat « théorique » qu'il convient de faire. Il faut toutefois convenir que la Cour s'est beaucoup écartée de celui-ci depuis l'arrêt *Bachmann* au point de provoquer la perplexité dans la doctrine, comme parmi ses avocats généraux ; voy. par exemple le point 49 des conclusions de l'avocat général Tesaro dans l'affaire *Kohll*, les points 35 et 36 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Danner* et les points 40 et 41 des conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire *Bosal Holding*.

¹⁷⁴ La Cour corrigera progressivement son approche à partir de l'arrêt *Jenkins* de 1981. Voy. particulièrement les conclusions de l'avocat général Warner sur ce point, p.937. Voy aussi M. Darmon & J.-G. Huglo, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un univers en expansion », *R.T.D.E.*, 1992, pp. 1 et 13.

¹⁷⁵ P. 490. C'est en fonction du même constat que l'avocat général Lenz suggérera à la Cour 20 ans plus tard de maintenir une telle différence d'approche s'agissant des conditions exigées pour la constatation d'une discrimination ; voy. le point 27 de ses conclusions dans l'affaire *O'Flynn*.

aisée à mettre en œuvre lorsque le ressortissant communautaire s'intègre durablement dans le pays d'accueil, comme c'est le cas dans la libre circulation des travailleurs, salariés ou indépendants.. En revanche, une réelle difficulté peut surgir lorsque le ressortissant communautaire ne fait que « se déplacer » dans le pays d'accueil pour un laps de temps plus ou moins court pour y prester un service. Pourquoi ? Parce que dans cette hypothèse, il reste, d'abord, intégré dans son pays d'origine, à la législation duquel il reste soumis. Lui octroyer dans le pays d'accueil le *même* traitement qu'au national implique donc nécessairement le soumettre aux droits, mais aussi – et surtout - aux obligations de deux Etats membres. Mais dans ce cas, peut-on encore réellement parler de « traitement égal » avec le national avec lequel il est dans une situation comparable?

1) Absence de soumission à certaines obligations dans l'Etat membre d'accueil

C'est à cette question, cruciale, que la Cour fut confrontée pour la première fois en 1979 dans l'affaire *Van Wesemael*. Dans cette affaire, deux prestataires de services étaient poursuivis devant les tribunaux belges en raison de l'exploitation en Belgique d'un bureau de placement payant pour artistes du spectacle, en violation de la législation belge, laquelle exigeait qu'ils exercent leur activité par l'intermédiaire d'un bureau de placement payant titulaire d'une licence en Belgique. La Cour répondit à la question qui lui était posée en déclarant (point 29) que soumettre ces prestataires, établis dans un autre Etat membre et dans lequel ils exerçaient leurs activités en conformité avec la législation applicable, également aux obligations de la législation belge méconnaîtrait les impératifs de l'article 49, sauf si cela s'avérait « objectivement nécessaire » en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection des artistes. Or, ajouta-t-elle, tel ne peut être le cas si le prestataire de service est soumis à des « conditions comparables », c'est-à-dire équivalentes, dans son Etat membre d'établissement.

Cette analyse de la Cour, qui sera affinée dès 1981 dans l'arrêt *Webb* est capitale. Elle signifie que soumettre le prestataire au traitement national aurait pour conséquence paradoxale que celui-ci serait victime d'une discrimination indirecte¹⁷⁶. Cette analyse, capitale ne fait cependant que respecter les indications fournies par le Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services sur le concept de discrimination déguisée. Insister sur la justesse de cette analyse est pourtant essentiel dans la mesure où, depuis les arrêts « *coassurances* » de 1986, la Cour s'est écartée de cette analyse et a commencé à instiller la confusion en parlant en présence d'une telle situation d'« entrave » ou de « restriction » *non* discriminatoire. La jurisprudence à partir de 1993 n'a fait qu'accroître cette tendance et la confusion qui en résulte souvent.

2) Soumission à une obligation spécifique dans l'Etat membre d'accueil

Cette hypothèse vise une situation exactement inverse à celle présente dans l'affaire *Van Wesemael* et dans laquelle doit être considérée comme compatible avec le droit communautaire l'imposition par l'Etat membre d'accueil d'une obligation *spécifique* ou d'une *double* obligation aux seuls ressortissants des autres Etats membres. En revanche, pareille hypothèse ne se limite pas à la libre prestation des services, mais peut également trouver à s'appliquer dans d'autres libertés, telle la libre circulation des travailleurs. La première situation peut se présenter lorsque l'obligation spécifique est imposée par le droit communautaire lui-même, telle celle de signaler aux autorités compétentes sa présence sur le territoire¹⁷⁷ prévue par l'article 8, paragraphe 2, de la directive 68/360, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs et des membres de leur famille, ou celle d'être en possession d'un passeport ou d'une carte d'identité¹⁷⁸, prévue par les articles 3 et 4 de la même directive. Comme la Cour l'a déclaré à propos de cette dernière obligation, le fait même de n'être pas un national de l'Etat de séjour implique que le ressortissant d'un autre Etat membre ne saurait être purement et simplement assimilé aux nationaux de cet Etat. Mais cette absence d'assimilation et donc l'imposition d'une condition supplémentaire ne saurait être considérée comme portant en soi atteinte aux règles relatives à la libre circulation, ainsi que la Cour l'a jugé à l'égard de la première obligation. La seconde situation peut se présenter en cas d'absence d'harmonisation des législations nationales, par exemple en matière de délivrance des permis de conduire¹⁷⁹.

§ 2 – L'application à géométrie variable dans la libre circulation

Examiner la portée et le rôle du principe d'égalité en droit communautaire et vouloir comprendre – ou du moins essayer – la jurisprudence de la Cour est une tentative irrémédiablement vouée à l'échec si l'on ne tient pas compte du domaine spécifique dans lequel le principe est appliqué. C'est dans ce sens que l'on peut parler d'« apparences multiples » du principe. En d'autres termes, l'identification des différents visages du principe, leur juxtaposition en vue d'essayer de leur donner un contenu cohérent, en eux-mêmes et les uns par rapport aux autres, n'a de sens que si, au préalable, on a identifié les champs d'application respectifs des différents domaines dans lesquels il est appliqué.

Le problème délicat que dut affronter la Cour à cet égard dans les années septante fut de savoir si produits et personnes¹⁸⁰ méritaient une protection et des droits équivalents. C'est, entre autres, parce

¹⁷⁶ *Indirecte*, dans la mesure où nationaux et communautaires sont, formellement, indistinctement soumis à la législation du pays d'accueil.

¹⁷⁷ Arrêt *Watson*.

¹⁷⁸ Arrêt *Sagulo*.

¹⁷⁹ Arrêt *Choquet*.

¹⁸⁰ La libre prestation des services ne constitue pas une catégorie indépendante : elle implique nécessairement un droit de libre circulation pour la *personne* qui preste ou reçoit le service ou un tel droit pour une « *chose* », un service qui ne peut pas être qualifié de produit. C'est cette qualification ambivalente de la libre prestation des

qu'elle répondit clairement, explicitement, « non » à cette question dans les années septante et qu'elle conféra des droits plus importants aux produits qu'aux personnes, que ses tentatives, souhaitées et adaptées à la réalité changeante d'une Communauté se voulant plus citoyenne, dans les années quatre-vingts et nonante pour uniformiser ses jurisprudences ont souvent été empreintes de maladresse, d'ambiguïté ou de confusion.

I – Rôle marginal dans la libre circulation des marchandises

Ainsi qu'indiqué dans la section 1, la Cour affirma avec force dès 1969 que dans les dispositions du traité relatives aux droits de douane et aux taxes d'effet équivalent, le principe d'égalité ne joue qu'un rôle marginal¹⁸¹. Ce qui importe c'est l'existence d'une entrave, d'une restriction à la libre circulation des marchandises. La Cour confirmera qu'il en va de même en ce qui concerne les mesures d'effet équivalent.

La prohibition des *restrictions quantitatives* par le traité (articles 28 à 30) vise, dans les termes de la jurisprudence de l'époque, les mesures ayant le caractère de prohibition totale ou partielle,

services qui fera que c'est à son propos en premier lieu que la Cour tentera progressivement une « unification » de jurisprudence avec celle relative à la libre circulation des marchandises.

¹⁸¹ En revanche, dans l'article 90 du traité, lequel se présente comme mesure complémentaire à l'interdiction de taxes d'effet équivalent édictée par l'article 25, le concept de discrimination joue un rôle central. Très vite, la Cour, se fondant sur le libellé respectif des deux dispositions, précisa leur champ d'application et affirma qu'alors que l'article 25 vise toute entrave aux échanges intracommunautaires, l'article 90 se limite aux entraves de nature à *favoriser* le produit national (arrêt *Demag*, point 7), le terme « favoriser » signifiant nécessairement *discriminer* le produit importé (arrêt *Fonderie Officine Riunite*, points 5 et 7).

Mais même en ne voyant dans cette disposition qu'une interdiction des discriminations, la Cour va pourtant attribuer une portée radicalement différente au champ d'application de cette prohibition par rapport à celle conférée à la même époque à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe (article 141), et cela en raison de leur place différente dans le système du traité. Ainsi, dans l'article 90, la Cour affirma « *qu'il serait incompatible avec le système des dispositions fiscales du traité d'admettre que les Etats membres, à défaut de prohibition expresse dans le traité, auraient la liberté d'appliquer de manière discriminatoire un régime d'impositions intérieures à l'égard de produits destinés à l'exportation vers d'autres Etats membres* » (arrêt *Statens Kontrol*, point 25). En revanche, dans l'article 141, la Cour déclara « *que l'on ne saurait élargir les termes de l'article [141]* » et que ce dernier « *ne saurait donc être interprété comme prescrivant, en plus de l'égalité des rémunérations, aussi l'égalité des autres conditions de travail applicables aux travailleurs masculins et féminins* » (arrêt *Defrenne III*, points 23 et 24). La Cour atteint cette conclusion tout en reconnaissant dans le même arrêt que l'interdiction de discriminations entre travailleurs masculins et féminins constitue un droit fondamental.

Une même illustration de l'approche à géométrie variable de la Cour se retrouve dans la PAC. Selon la jurisprudence *Rückdeschel*, la constatation d'une discrimination découle du constat de l'existence d'une différence de traitement opérée entre deux produits se trouvant dans une situation comparable, dès lors qu'elle ne peut être objectivement justifiée. Dans la PAC, la Cour va ajouter une condition supplémentaire : la disparité de traitement ne constituera une violation du principe d'égalité que si elle est « arbitraire ». Cela signifie qu'il n'y aura discrimination que si la justification de la différence de traitement, à supposer même qu'elle ne soit pas purement « objective », repose sur des « considérations *manifestement* erronées » (arrêts *Merkur*, points 23 et 24, et *Minotiers de la Champagne*, points 22 et 23). En d'autres termes, la Cour module les conditions d'application du principe d'égalité en tenant compte du large pouvoir d'appréciation des institutions communautaires correspondant aux responsabilités politiques que les articles 34 et 37 leur confèrent. Cette jurisprudence sera confirmée également dans les périodes ultérieures ; pour la période 1979-1986, voy., entre autres, les arrêts *Roquette Frères*, point 25, *Edeka*, points 13 et 19 et *Kind*, point 22.

d'importation, d'exportation ou de transit, suivant le cas. Les *mesures d'effet équivalent* sont, quant à elles, celles qui se présentent non seulement sous la forme de prohibition ainsi caractérisée, mais aussi d'entraves, quelle que soit leur appellation ou leur technique, ayant le même effet¹⁸². Cette définition de la notion de mesure d'effet équivalent, donnée dès avant l'arrêt *Dassonville*, témoigne de ce que le principe d'égalité n'était pas appelé à jouer un rôle essentiel dans l'application de cette disposition. Cela peut s'expliquer aisément. D'une part, la mesure d'effet équivalent jouait un rôle complémentaire à la restriction quantitative, dont l'existence est indépendante de la prohibition des discriminations. D'autre part, la Cour ne pouvait limiter l'interdiction des mesures d'effet équivalent aux seules mesures discriminatoires sous peine d'amoindrir la portée de sa jurisprudence *Sociaal Fonds voor Diamantarbeiders*, relative aux taxes d'effet équivalent¹⁸³.

La définition plus complète de la notion de mesure d'effet équivalent donnée en 1974 dans l'affaire *Dassonville*^{184 185} s'inscrit dans cette logique :

« toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent ».

Cette philosophie, consistant à ne pas soumettre le champ d'application de l'article 28 au test de la non-discrimination¹⁸⁶, sera appliquée, parfois avec dogmatisme, pendant près de 20 ans, mais sera complétée en 1979 dans l'arrêt *Cassis de Dijon*. Dans celui-ci, la Cour atténuera¹⁸⁷ quelque peu la rigueur de la formule de l'arrêt *Dassonville* en introduisant la possibilité de justifier par une *raison impérieuse* (et non pas seulement par l'un des motifs visés à l'article 30 du traité) les entraves aux échanges.

¹⁸² Arrêt *Geddo*, point 7.

¹⁸³ La Cour jugera d'ailleurs en 1977 dans l'arrêt *Bauhuis*, que taxes d'effet équivalent et mesures d'effet équivalent ne sont que les deux formes de la même interdiction de toute entrave aux échanges intracommunautaires.

¹⁸⁴ Pour une analyse plus approfondie, voy. D. Martin, « Discriminations ... », p. 276, et les références citées. Voy aussi, R. Joliet, *The Modern Law Review*, 1975, p. 200.

¹⁸⁵ Les *Dassonville*, père et fils, ayant acquis régulièrement un lot de Scotch whisky en libre pratique en France, l'importèrent en Belgique sans être en possession d'un certificat d'origine de la douane britannique, en infraction avec la réglementation belge applicable. Cette réglementation avait pour effet qu'un commerçant établi en Belgique ne pouvait se procurer un tel certificat qu'au prix de sérieuses difficultés pour l'importation de produits en libre pratique dans un autre Etat membre, ces difficultés étant épargnées au commerçant important directement ces produits de l'Etat producteur. La réglementation belge protégeait donc, au moins indirectement, les distributeurs exclusifs des produits concernés en rendant pratiquement impossible les importations parallèles à partir d'Etats membres autres que l'Etat producteur.

¹⁸⁶ Le résultat atteint par cet arrêt n'est pas remarquable en soi ; ce qui l'est c'est la formulation utilisée par la Cour, J. Snell, *Goods and services in EC law*, OUP, 2002, p. 50.

¹⁸⁷ M. Poiars Maduro, « Harmony and Dissonance in Free Movement » in *Services and Free Movement in EU Law*, pp. 41 et 43, se prononce dans le même sens.

II – Rôle central dans la libre circulation des personnes

1) La libre circulation des travailleurs

Toute la jurisprudence de la Cour des années septante relative à l'interprétation de l'article 39 est fondée sur le principe de l'interdiction des seules discriminations. Jamais, la Cour n'utilisera à son égard un langage proche de celui adopté dans l'arrêt *Dassonville* impliquant que cette disposition pourrait s'étendre aux entraves non discriminatoires.

Si la Cour fonda sa conclusion sur le libellé même de l'article 39, elle chercha néanmoins à étendre au maximum le champ d'application de l'interdiction que cet article comporte. Ainsi, dans l'arrêt *Commission c. France* de 1974¹⁸⁸, elle affirma :

« attendu que la libre circulation des personnes et, en particulier, des travailleurs constitue, ainsi qu'il ressort à la fois de l'article 3, littera c, du traité et de la place des articles [39 à 42] dans la deuxième partie de ce dernier, un des fondements de la Communauté ; (...)

qu'ainsi il résulte du caractère général de l'interdiction de discriminations visée à l'article [39] et de l'objectif poursuivi par leur abolition qu'elles sont interdites alors même qu'elles ne constitueraient qu'une entrave d'importance secondaire en ce qui concerne l'égalité dans l'accès à l'emploi et les autres conditions de travail ».

Ces affirmations sont riches d'enseignements. Tout d'abord, s'appuyant sur l'objectif énoncé à l'article 3, littera c) du traité, la Cour déclare que la libre circulation des travailleurs constitue l'un des fondements de la Communauté. Ensuite, tirant la conséquence de cette première affirmation, elle conclut que l'interdiction des discriminations qu'elle comporte est générale, absolue et vise même les discriminations mineures.

En revanche, on ne peut s'empêcher de constater que la Cour tire deux conclusions radicalement différentes à partir d'un constat identique : la libre circulation des marchandises et la libre circulation des personnes constituent des fondements de la Communauté, ...mais ce n'est que dans la libre circulation des marchandises que sont interdites non seulement les discriminations, mais aussi les entraves non discriminatoires. La libre circulation des marchandises était donc bien, à cette époque, regardée comme constituant la *première* des libertés.

¹⁸⁸ « code du travail maritime », points 43 à 46.

Ainsi, la Cour utilise fréquemment le raisonnement suivant, divisé en deux étapes, pour appréhender une restriction au sens de l'article 28. Elle rappelle d'abord la formule de l'arrêt *Dassonville* et applique ensuite celle-ci au cas d'espèce en déclarant par exemple que « *si un prix maximal indistinctement applicable aux produits nationaux et importés ne constitue pas en lui-même une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, il peut cependant sortir un tel effet lorsqu'il est fixé à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient, soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux* »¹⁸⁹.

L'usage des mots « indistinctement applicable », « écoulement impossible ou plus difficile » dans l'interprétation de l'article 28 permettait à la Cour de conclure à l'existence éventuelle d'un *obstacle*, d'une *restriction*, d'une *entrave* à la libre circulation des marchandises. Jamais dans ce contexte, la Cour ne parle de discrimination à l'encontre des produits importés, même si, en fait, ces derniers subissent effectivement une discrimination. A l'inverse, les mêmes mots – « bien qu'indistinctement applicable », « condition plus difficile à remplir » -, utilisés par la Cour dans l'interprétation de l'article 39, lui servait, jusqu'au début des années nonante¹⁹⁰, à constater l'existence éventuelle d'une *discrimination indirecte* au détriment des travailleurs ressortissants des autres Etats membres.

2) Le droit d'établissement

La Cour formula dans l'arrêt *Reyners*¹⁹¹ un constat et une conclusion identiques à ceux dégagés à propos de la libre circulation des travailleurs. Beaucoup plus tard, elle affirmera d'ailleurs de manière expresse que les articles 39 et 43 offrent la même protection juridique aux personnes relevant de leur champ d'application¹⁹²

3) La libre prestation des services

La *portée* de l'article 49 était au centre de la première affaire soumise à la Cour dans ce domaine, l'affaire *van Binsbergen*. S'il est vrai que dans cette affaire, il semble que la Cour ait hésité entre une simple prohibition des discriminations¹⁹³ et une interdiction de tout obstacle à la libre prestation des services¹⁹⁴, tous les autres arrêts rendus durant les années septante ont clairement indiqué que la Cour interprétait cette disposition comme n'interdisant que les seules discriminations.

¹⁸⁹ Arrêt *Tasca*, point 13 ; dans le même sens, voy les arrêts *GB.-Inno-BM*, points 47, 52 et 54 ; *van Tiggele*, points 12 et 13 et *Eggers*, points 26 et 28.

¹⁹⁰ Voy par exemple le point 14 de l'arrêt *Biehl* et les points 8 et 9 de l'arrêt *Bachmann*.

¹⁹¹ Points 16, 18, 24 et 30.

¹⁹² Arrêt *Roux*, point 23.

¹⁹³ J. Snell, p. 54, ne partage pas ces doutes et voit dans cet arrêt une interdiction claire des seules discriminations.

¹⁹⁴ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. D. Martin, « Discriminations, ... », pp.563 à 565. W.H. Roth, « The European Court of Justice's Case Law ... », pp. 1 et 4, suggère que l'attitude retenue de la Cour pourrait s'expliquer par le fait qu'à l'époque la question même de l'effet direct de l'article 49 était fort controversée.

Deux arrêts sont particulièrement illustratifs à cet égard. D'une part, dans l'arrêt *Walrave*¹⁹⁵, elle aligne le champ d'application de l'article 49 sur celui de l'article 39 en déclarant « *que les activités visées à l'article [49] ne se distinguent pas de celles visées à l'article [39] par leur nature, mais seulement par la circonstance qu'elles sont exercées en dehors des liens d'un contrat de travail ; que cette seule différence ne saurait justifier une interprétation plus restrictive du champ d'application de la liberté qu'il s'agit d'assurer* ». D'autre part, en affirmant clairement que le champ d'application de l'article 49 est effectivement restreint à la seule prohibition des discriminations dans l'affaire *Koestler* : « *alors que le traité, tout en prohibant les discriminations, ne comporte cependant aucune obligation de traiter un prestataire étranger plus favorablement, en fonction de son droit national, que le prestataire établi dans l'Etat même où la prestation est accomplie* »¹⁹⁶ (point 5).

§ 3 – Portée et limites du principe d'égalité

I – Invocation à l'encontre de son propre Etat membre

Avec l'arrêt *Knoors*, la Cour inaugura sa jurisprudence sur la possibilité pour un ressortissant d'un Etat membre d'invoquer les libertés conférées par le droit communautaire à l'encontre de son propre Etat membre. La Cour justifia son analyse en déclarant que l'article 43 ne saurait être interprété « *de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un Etat membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité* » (point 24).

Cette jurisprudence connaîtra de nombreux prolongements durant les deux décennies suivantes. Il est toutefois important de relever qu'à cette époque, la Cour faisait entrer les nationaux ayant exercé leur droit à la libre circulation dans l'orbite du droit communautaire en les assimilant aux travailleurs migrants. Cela impliquait nécessairement que dans une telle situation un Etat membre devait traiter son ressortissant « *comme si* » ce dernier était un ressortissant d'un autre Etat membre. Lorsqu'une telle situation se présentait, l'Etat membre devait en quelque sorte « oublier » la nationalité de l'intéressé et lui appliquer le même traitement que celui réservé aux ressortissants des autres Etats membres, soit un traitement exempt de toute discrimination.

¹⁹⁵ Points 23 et 24.

¹⁹⁶ Cette « limitation » du champ d'application de l'article 49 est soulignée de manière plus nette encore par l'avocat général Reischl dans ses conclusions (p. 1985, point 4), lequel s'appuie en outre sur « l'opinion nettement prédominante dans la littérature ».

Le fondement théorique du droit ainsi conféré au national contre son propre Etat membre connaîtra cependant une modification profonde, directement liée à l'évolution plus générale de la jurisprudence vers le concept d' « entrave », dans les années nonante¹⁹⁷.

II – Le principe d'égalité peut-il imposer des obligations positives ?

La violation du principe d'égalité est en principe évitée par le respect d'une abstention, d'une « obligation négative » consistant à ne pas traiter autrement une femme et un homme, un ressortissant communautaire et un national. Mais il en est ainsi parce que le moyen d'éviter une discrimination est immédiatement identifiable, dans la mesure où il suffit de supprimer la condition de nationalité ou de sexe. La situation peut devenir beaucoup plus compliquée dans d'autres hypothèses, par exemple si le critère de différenciation est le handicap.

La Cour n'a pas encore eu réellement l'occasion d'examiner cette problématique, sauf dans le domaine spécifique du contentieux de la fonction publique. Le Statut des fonctionnaires stipulait à l'époque, en son article 27, alinéa 2, que « les fonctionnaires sont choisis sans distinction de race, de croyance ou de sexe ».

En 1976, la Cour fut confrontée dans l'affaire *Prais* à un cas dans lequel était invoquée une discrimination en raison de la religion. M. Prais, ressortissant britannique de religion juive, s'était porté candidat à un concours de juriste-linguiste organisé par le Conseil. Il fut invité à se présenter aux épreuves écrites le 16 mai 1975. Par lettre du 25 avril, il avisa l'institution que ce jour-là était le premier jour de la Chavouoth (Pentecôte) pendant lequel il est interdit de voyager et d'écrire. Il demanda donc au Conseil de lui proposer une autre date. Cette demande fut rejetée au motif qu'il était primordial, s'agissant d'un concours, que tous les candidats fussent interrogés le même jour.

L'intéressé ayant introduit un recours contre ce refus, la Cour formula quelques considérations intéressantes sur les obligations incombant aux institutions communautaires dans une telle situation. Elle débouta finalement le requérant au motif que si le Conseil était tenu de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser des épreuves à une date à laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter dès lors qu'il a été informé à temps de cet obstacle d'ordre confessionnel, il n'en était pas ainsi en l'espèce dans la mesure où le requérant n'avait pas informé à temps l'institution et que tous les autres candidats avaient déjà été convoqués.

La Cour n'eut donc pas à expliquer ce qu'il faut entendre par « toutes mesures raisonnables » permettant d'éviter que ne soit créée une discrimination. Or, il est évident que c'est précisément la

¹⁹⁷ Ce changement sera particulièrement notable dans l'arrêt *Kraus* en 1993 ; voy. *infra*.

détermination de la portée de cette expression qui est cruciale¹⁹⁸. La Cour sera inévitablement appelée à se prononcer sur cette question suite à l'entrée en vigueur la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁹⁹, laquelle interdit notamment les discriminations fondées sur le handicap et la religion²⁰⁰.

Il n'est par ailleurs pas sûr que, invitée à statuer à titre préjudiciel dans un cas similaire à celui de l'arrêt *Prais*, la Cour adopterait encore la même attitude restrictive. En effet, il pourrait être plaidé que les obligations du Conseil ne naissent pas qu'au moment où il est informé des motifs d'empêchement religieux d'un candidat et que leur intensité ne dépend pas de la proximité de ce moment avec la date du concours. En effet, dès lors que le Statut prévoit l'interdiction des discriminations fondées sur les croyances²⁰¹, notamment religieuses, la Cour aurait pu affirmer que le Conseil était tenu, dès le

¹⁹⁸ Voy., par exemple, l'arrêt de la Federal Court of Australia de 1999 dans l'affaire *Cooper v. Human Rights & Equal Opportunity Commission*. Dans celle-ci, les requérants se plaignaient de ce que lors de la rénovation d'un complexe de cinémas, aucune disposition n'avait été prise pour permettre l'accès aux salles aux personnes en chaise roulante. Les propriétaires de la salle invoquaient, pour se défendre, la clause de « unjustifiable hardship »

¹⁹⁹ JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

²⁰⁰ Cette directive ne prescrit toutefois l'adoption de « mesures raisonnables » qu'à propos des discriminations indirectes fondées sur le handicap.

²⁰¹ Mais évidemment une autre question surgit concernant les croyances qui doivent être protégées, ainsi que l'avait plaidé le Conseil dans cette affaire (point 11). La question n'est pas purement théorique, particulièrement dans une Communauté multiculturelle. Dans un arrêt *Hassan et Tchaouch* de 2000, la Cour européenne a considéré que, *sauf dans des cas très exceptionnels*, le droit à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci (para. 78). Le juge Costa, « La Convention européenne et les sectes, in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, R. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber éd., Carl Heymans Verlag KG, 2000, pp. 273 et 276, s'est exprimé en termes encore plus nets en estimant qu'il n'existe aucune différence juridique entre sectes et religions, en rappelant (p. 279) que soit la commission soit la Cour européenne ont fait bénéficier de l'article 9 de la Convention l'église de scientologie, la secte Moon, les témoins de Jéhovah et l'église pentecôtiste. Pour une présentation détaillée de ce problème dans la jurisprudence américaine, voy. K.B. Koenig, « Mahmoud Abdul-Rauf's suspension for refusing to stand for the national anthem : a « free throw » for the NBA and Denver Nuggets, or a « slam dunk » violation of Abdul-Rauf's Title VII rights ? », 76 *Wash. U.L.Q.* 377 (1998), et dans la jurisprudence canadienne, voy. P. Horwitz, « The sources and limits of freedom of religion in a liberal democracy : Section 2(a) and beyond », *University of Toronto Law Review*, 1998. Pour un rappel du raisonnement utilisé par le US Supreme Court dans ce domaine depuis 1963, voy. US Supreme Court of Guam, *People of Guam v. B. Toves Guerrero*, 8 Septembre 2000. Dans son arrêt, cette cour considère que doit être protégée la liberté d'un adepte de la religion Rastafari de détenir de la marijuana, dont la consommation est un sacrement nécessaire dans la pratique de cette religion ! Voy. également l'arrêt *Cloutier v. Costco Wholesale* de la *District court* du Massachusetts de 2004. La requérante, caissière dans l'entreprise défenderesse, arguait que le piercing qu'elle portait dans les sourcils, interdit par le code d'habillement de l'entreprise, lui était imposé par la doctrine de sa religion, la *Church of Body Modification*, organisation nationale regroupant quelque milliers de membres, et qui prône l'élévation spirituelle par la modification physique (!). Après lui avoir interdit de pénétrer dans l'entreprise, son employeur lui proposa de recouvrir le piercing avec un sparadrap transparent, ce qu'elle refusa. La *District court* rejeta sa requête en estimant que l'accommodement proposé par l'employeur était raisonnable, dans la mesure où il permettait à l'intéressée de respecter un dogme de sa religion, mais aussi à l'employeur de maintenir une atmosphère professionnelle sur les lieux de travail. La *District court* souligna entre autres que le Titre VII du *Civil Rights Act 1964*, qui interdit notamment les discriminations fondées sur la religion dans l'emploi (voy. *infra*), couvre également les croyances religieuses minoritaires, bizarres ou non conventionnelles, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour suprême US de 1944 (*US v. Ballard*) dans lequel celle-ci déclara que les individus n'ont pas à établir la preuve de leurs doctrines ou croyances religieuses. En appel, le 1^{er} *Circuit* confirma la décision de la *District court*, mais en arguant que le seul *aménagement raisonnable*

moment où il organisait un concours, de prendre toutes mesures nécessaires, notamment de calendrier, permettant d'éviter que celui-ci ne soit organisé un jour de fête religieuse. Mais il faut convenir que même une telle approche laisse non résolue la question de la proportionnalité des mesures à prendre, de leur caractère « raisonnable ».

III – Principe d'égalité et principe de légalité

Dans une affaire concernant le contentieux de la fonction publique, la Cour eut l'occasion de se prononcer sur une limite intéressante à souligner²⁰² du principe d'égalité. Dans cette affaire²⁰³, des fonctionnaires de la Commission se plaignaient qu'une retenue sur leur salaire ait été opérée en raison de leur participation à une action de grève, alors que pareille retenue n'avait pas été opérée par les autres institutions de la Communauté sur les salaires de leurs fonctionnaires ayant participé à la même action de grève. La Cour les débouta de leur recours au motif « *que les décisions attaquées ne sauraient être invalidées du fait que les autres institutions se sont abstenues d'arrêter des mesures qu'elles auraient pu prendre légitimement* ».

La motivation de cette conclusion ressort mieux des conclusions de l'avocat général Trabucchi, lequel déclare que « *le simple fait que les administrations communautaires se soient détournées de l'application rigoureuse d'un critère juridiquement certain n'autorise pas à demander qu'il soit fait d'autres exceptions à la règle, qui ne se justifieraient pas de façon spécifique* ».

Des cas semblables, ou dans lesquels le requérant invoque l'octroi d'un avantage illégalement octroyé à d'autres, se retrouveront dans la jurisprudence des décennies suivantes aussi bien dans le contentieux de la fonction publique²⁰⁴ que dans celui de la politique agricole commune²⁰⁵.

Section 3 – Premières ruptures avec la jurisprudence traditionnelle (1979 – 1986)

L'apparition de la notion d'exigences impératives dans la libre circulation des marchandises vient se greffer sur une jurisprudence antérieure dans laquelle la Cour avait conféré un rôle différent au principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité selon les différentes libertés de circulation. La nature exacte de ce concept et le rôle qu'il était appelé à jouer dans la libre circulation des marchandises n'étaient pas très clairs (§ 1). La Cour ne pouvait toutefois manquer de s'interroger

acceptable par la requérante, à savoir une exemption totale vis-à-vis de la politique d'habillement de son employeur imposerait à ce dernier une *charge déraisonnable*.

²⁰² Et déjà notée à propos de la jurisprudence sur le traité CECA dans les années 50 ; voy. l'arrêt *Sociétés des fonderies de Pont-à-Mousson*.

²⁰³ Arrêt *Acton e.a.*, points 25 et 26.

²⁰⁴ Voir, par exemple, arrêts *Witte*, point 15 ; *De Angelis*, point 17 et *Williams* (134/84), point 14.

²⁰⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *Italie c. Commission* (« stockage de céréales » - C- 24/03), points 44 et 45.

sur la pertinence de son utilisation dans les autres libertés. Les réponses qu'elle apporta, le plus souvent de manière implicite, manquaient encore de clarté, mais traduisent déjà une nouvelle fracture entre les libertés, la notion d'exigence impérative semblant avoir un rôle dans la libre prestation des services (§2), mais pas dans la libre circulation des travailleurs (§ 3). Durant la même période, la Cour de justice accentua par ailleurs sa différence d'approche à l'égard du concept de discrimination *indirecte* selon que celle-ci est fondée sur le sexe ou la nationalité, sans nécessairement expliquer de manière appropriée la justification d'une telle divergence (§ 4).

§ 1 – Marchandises : exigences impératives et mesure indistinctement applicable, une relation ambiguë

« Les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »²⁰⁶.

Avec ce passage de son arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979²⁰⁷, la Cour de justice amorce un tournant que l'on peut qualifier de révolutionnaire dans sa jurisprudence. Pour la première fois, elle juge que des mesures nationales peuvent échapper aux interdictions du traité – de discrimination ou de mesure d'effet équivalent – dès lors qu'elles répondent à des « exigences impératives ».

I – De *Commission c. Allemagne* (« *Sekt* ») à *Cassis de Dijon*

Il doit être remarqué que ce tournant historique²⁰⁸ ne fait l'objet d'aucune motivation par la Cour dans son arrêt. Celle-ci doit être recherchée dans les conclusions de son avocat général Capotorti ainsi que dans sa jurisprudence antérieure. Toutefois, il doit aussi être relevé que cette absence de motivation – sur la justification de ce tournant ou sur le moment précis auquel doit intervenir l'examen de ces « exigences impératives » dans le raisonnement de la Cour à propos de l'existence ou non d'une

²⁰⁶ Point 8 de l'arrêt « *Cassis de Dijon* ».

²⁰⁷ La société Rewe souhaitait importer en Allemagne certains alcools, dont la liqueur « cassis de Dijon » d'un titre volumétrique de 15 à 20%. L'autorisation d'importer fut refusée par l'organisme compétent au motif que la législation applicable prévoyait que seuls les alcools d'une teneur en esprit-de-vin de 25 % pouvaient être mis sur le marché.

²⁰⁸ A l'époque, D. Wyatt, « Article 30 EEC and non-discriminatory trade restrictions », *E.L.Rev.* 1981, pp. 185 et 189 conclut également que dans cet arrêt la Cour se démarquait de sa jurisprudence antérieure. Au contraire, A. Mattera, « L'arrêt « *Cassis de Dijon* » : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », *R.M.C.* 1980, pp. 505 et 513, n'y vit ni un « un fait révolutionnaire » ni même une évolution « surprenante ».

mesure d'effet équivalent – dans l'arrêt initial de la jurisprudence sur les exigences impératives (ou raisons impérieuses comme la Cour les nommera plus tard) instille un doute et une confusion sur la nature même de ces exigences impératives et sur leur rôle précis comme moyens de contrecarrer le plein effet des dispositions du traité chargées d'assurer la libre circulation, des marchandises ou des personnes.

S'il est vrai que la Cour n'explique pas dans son arrêt d'où vient ce recours à la notion d'« exigence impérative », la lecture des conclusions (pp. 671 et 672) de l'avocat général Capotorti fournit des renseignements précieux sur l'origine de cette notion.

« Parvenu à ce point de notre analyse, il nous faut maintenant nous tourner vers les objectifs visés par les règles du type de celles en vigueur en (...) Allemagne ; il convient de voir si elles suffisent à justifier l'entrave mise aux importations. (...). La mesure de la fixation de la teneur minimale en alcool des eaux-de-vie et liqueurs (...) peut donc être examinée à la lumière du critère prévu par l'article 3 de la directive 70/50²⁰⁹ (...). Cette mesure peut également être examinée sous l'angle de l'article [30] du traité de la CEE qui, on le sait, déclare entre autres qu'il n'est pas porté atteinte, en dépit des règles des articles [28 et 29] aux restrictions à l'importation justifiées par des raisons d'ordre public ou de protection de la santé des personnes. Observons à ce propos que l'article [30] est sans nul doute un paramètre plus solide que celui qui nous est offert par la directive 70/50, eu égard aux doutes que nous avons exprimés au sujet de la compatibilité de cette directive avec l'interprétation stricte de l'article [28] aujourd'hui prévalent²¹⁰. (...). Tout aussi légitimes sont les dérogations à l'article [28] qui se révèlent nécessaires en vue d'assurer la protection des producteurs et des consommateurs contre les fraudes commerciales ; la Cour l'a reconnu, toujours sur la base de l'article [30] et de la notion d'ordre public qui y figure, dans son arrêt du 20 février 1975 dans l'affaire 12/74, Commission/Allemagne (Rec. p. 181) (...). En revanche, nous doutons que la répression de la concurrence déloyale soit susceptible de justifier les dérogations à l'article [28] ; il semble douteux, à tout le moins, que la notion d'ordre public (...) puisse être étendue à ce point ».

²⁰⁹ De la Commission, du 22 décembre 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (JO L 013 du 19.01.1970, p. 29) : « Sont également visées par la présente directive les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. Tel est notamment le cas : lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché ; lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges ».

²¹⁰ Voy. pp. 669 et 670.

Selon l'avocat général Capotorti, c'est donc dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* (« Sekt ») de 1975 que la Cour aurait mentionné, pour la première fois, la protection des consommateurs et des producteurs, soit un motif non expressément prévu par l'article 30, comme pouvant justifier des dérogations à l'article 28 du traité interdisant les mesures d'effet équivalent.

Dans cette affaire *Commission c. Allemagne* était en cause la compatibilité avec l'article 28 du traité de la réglementation allemande réservant les dénominations « Sekt » et « Weinbrand » à la production nationale et la dénomination « Prädikatssekt » à des vins produits en Allemagne à partir d'une proportion minimale déterminée de raisins allemands. Après un examen minutieux de cette réglementation, la Cour conclut (attendu 14) que cette « *législation vinicole est de nature à favoriser l'écoulement sur le marché allemand de la production nationale au détriment des produits des autres Etats membres* » et qu'elle « *comporte donc des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation* ».

Afin de justifier néanmoins leur législation, les autorités allemandes invoquèrent l'article 30, et notamment la raison d'ordre public qui y figure. Elles arguaient que celle-ci inclut la protection des consommateurs contre la fraude commerciale, ce que d'ailleurs tant la Commission que l'avocat général Warner (voir p. 210) acceptaient.

La Cour ne se prononce pas formellement sur cette question, se bornant à constater (attendu 17) que « *indépendamment de toute définition de la notion d'ordre public retenue par l'article [30]* », les conditions d'application de cette disposition n'étaient pas remplies en l'espèce. Ce qui est fondamental de noter ici, c'est que la Cour se place expressément dans le seul champ d'application de l'article 30²¹¹ et non dans celui de l'article 28. En d'autres mots, la Cour envisage dans cet arrêt la protection des consommateurs comme *justification*, potentielle, d'une mesure nationale préalablement considérée comme constituant une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28 et non comme une *exigence impérative* permettant à cette mesure nationale de ne *pas* être considérée comme constituant une mesure d'effet équivalent.

L'arrêt *Cassis de Dijon* crée une ambiguïté, fondamentale, dans la mesure où la Cour s'écarte radicalement de l'approche retenue dans l'affaire *Commission c. Allemagne*²¹², que l'avocat général Capotorti lui préconisait de suivre, et se place dans le champ d'application de l'article 28 pour juger

²¹¹ Il ne pouvait en aller autrement, car ainsi que le notait l'avocat général (p. 210) « *la solution se trouve donc dans l'article [30], car il ne saurait faire aucun doute qu'à première vue, une réglementation nationale qui réserve l'utilisation d'une dénomination particulière dans un Etat membre à un produit national, tout au moins si cette dénomination est attractive pour le consommateur, viole nécessairement l'article [28]* ».

²¹² La mesure nationale constitue une mesure d'effet équivalent et la protection des consommateurs, éventuellement, incluse dans la notion d'ordre public peut néanmoins justifier cette entrave si les conditions d'application de l'article 30 sont réunies.

que la protection des consommateurs peut permettre à une mesure nationale de ne pas relever de l'interdiction figurant à cette disposition. La Cour quitte donc le champ de la *justification d'une mesure d'effet équivalent* pour se placer sur le terrain de *l'existence ou non d'une telle mesure*.

Un tel changement est tout sauf anodin. D'une part, il a un impact direct sur la *nature* même de l'exigence impérative, et, d'autre part, et ceci est une conséquence de cela, il modifie du tout au tout le *rôle* que doit jouer une exigence impérative dans le raisonnement relatif à la constatation d'une discrimination ou d'une entrave.

II – Nature de l'exigence impérative

Selon A. Mattera²¹³, les exigences impératives constituent l'expression concrète des compétences résiduelles des Etats et permettent de distinguer parmi les effets restrictifs découlant de toute réglementation commerciale ceux qui sont propres et inhérents à une réglementation de l'espèce de ceux qui sont excessifs par rapport à l'objectif recherché et de ce fait équivalents à ceux des restrictions quantitatives, et à ce titre interdites par l'article 28 CE. Selon cet auteur, il doit être procédé à un tel examen à l'intérieur de l'article 28, de sorte que l'examen de la *justification* est antérieur et non postérieur à la qualification d'une réglementation en tant que mesure d'effet équivalent. A l'inverse, selon P. Oliver²¹⁴, l'exigence impérative devrait être comparée aux motifs d'intérêt général expressément mentionnés à l'article 30 du traité de sorte que l'examen de la première devrait intervenir au même moment que celui des seconds. Selon cet auteur, les motifs expressément prévus et les exigences impératives « ajoutées » par la Cour ne devraient donc plus être distingués²¹⁵. Dans l'exposé qu'il fit sur l'arrêt *Keck*, le juge Joliet²¹⁶ déclarait « *que cet examen de proportionnalité soit un préalable à la conclusion qu'il y a mesure d'effet équivalent ou bien qu'il s'agisse d'une façon de justifier une mesure d'effet équivalent dont on a reconnu l'existence me paraît sans importance pratique* ».

²¹³ *Le Marché unique...*, p. 211 et « Les barrières frontalières à l'intérieur de la CEE et l'action menée par la Commission pour leur démantèlement », *R.M.C.*, 1987, pp. 264 et 267.

²¹⁴ *Free movement of ...*, p.113 et « Goods and services : two freedoms compared », *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 1377 et 1403.

²¹⁵ Ce qui explique pourquoi dans son remarquable ouvrage, précité, cet auteur analyse les motifs de justifications des mesures contraires à l'article 28 sans distinguer entre motifs de l'article 30 et exigences impératives : « does it make sense to approach [consumer protection] differently from, say, plant health merely because in 1957 consumer protection did not yet arouse much passion ? » (p. 112). Il convient de noter qu'en pratique la Cour n'a pas (encore) formellement adopté cette approche (voy. *infra*). Au contraire, son analyse du respect du principe de proportionnalité reste fort différente selon que la protection de la santé publique (souple) ou la protection des consommateurs (stricte) est invoquée pour justifier une mesure d'effet équivalent, voy. J.P. Keppenne, « La libre circulation des marchandises (septembre 1998 – août 1999) », *J.T.D.E.*, 1999, pp. 208 et 210.

²¹⁶ « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck* et *Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *J.T.D.E.*, p.146.

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Cassis de Dijon*, l'avocat général Capotorti considérait que l'exigence impérative spécifique de la protection des consommateurs pouvait être incluse dans la notion d'« ordre public » figurant à l'article 30. En revanche, il estimait que cette dernière notion n'englobait pas la protection des producteurs au titre de la répression de la concurrence déloyale. Il suggérait donc explicitement à la Cour d'interpréter assez largement la notion d'ordre public, mais refusait de prévoir, à côté des motifs expressément prévus par le traité, « d'autres » exigences impératives pouvant également justifier des mesures d'effet équivalent.

1) L'arrêt *Cassis de Dijon*

La Cour adopte un point de vue opposé à celui préconisé par son avocat général. Ce dernier avait souligné dans ses conclusions (p. 672) que la mesure allemande en cause pouvait être examinée, soit sous l'angle de l'article 3 de la directive 70/50, soit sous l'angle de l'article 30 du traité. Le choix de l'une ou l'autre voie était crucial quant à la nature et au rôle que peuvent jouer les exigences impératives. Selon l'article 3 de la directive 70/50, les mesures (formellement) indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés sont présumés être licites sauf si elles produisent des effets restrictifs du commerce qui ne respectent pas le principe de proportionnalité. Dans ce contexte, l'exigence impérative sert à analyser la proportionnalité de l'effet restrictif et donc, *in fine*, à juger si une mesure nationale relève ou non de l'interdiction de l'article 28. Selon l'article 30, le motif d'ordre public, entendu largement, sert à justifier une mesure nationale préalablement jugée contraire à l'article 28.

L'arrêt *Commission c. Allemagne* témoigne (« indépendamment de toute définition de la notion d'ordre public ») de ce que la Cour, contrairement aux avocats généraux Capotorti et Warner ainsi qu'à la Commission, semblait réticente - à raison - à interpréter largement le concept d'ordre public inscrit à l'article 30²¹⁷.

Ayant fait ce choix, la Cour était placée devant l'alternative suivante : elle « ajoutait » aux motifs de l'article 30 en mentionnant, par exemple, la protection des consommateurs comme cause de *justification* d'une entrave²¹⁸ ou elle suivait le raisonnement inspirant l'article 3 de la directive 70/50. C'est-à-dire que, compte tenu de la disparité des législations, elle considérait que des mesures nationales, formellement indistinctement applicables, ne relèvent de l'article 28 que si leurs effets

²¹⁷ La Cour jugera d'ailleurs rapidement que cette disposition, en tant que dérogation à la règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, est d'interprétation stricte (aff. *Bauhuis*, point 12). Elle confirmera en outre expressément quelques années plus tard dans l'arrêt *Kohl* (point 19) que quelle que soit l'interprétation qui doit être donnée à la notion d'ordre public, celle-ci ne saurait être étendue de façon à inclure des considérations tenant à la protection des consommateurs.

²¹⁸ Elle affirmera explicitement en 1981 dans l'arrêt *Commission c. Irlande* (« souvenirs d'Irlande » - 113/80) (point 8) que la défense des consommateurs n'étant pas mentionnée à l'article 30, elle ne peut être invoquée dans le cadre de cet article..

restrictifs sur le commerce sont disproportionnés. C'est clairement cette seconde voie que la Cour choisit d'emprunter²¹⁹.

Ce raisonnement était-il novateur ou était-il annoncé par la jurisprudence antérieure ? La voie choisie par la Cour soulève plusieurs questions importantes. Tout d'abord, il ne peut être que constaté qu'elle s'écarte radicalement de la voie esquissée dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* que tant la Commission que son avocat général lui suggérait de suivre, à savoir se placer sur le seul terrain de l'article 30. Il doit à ce sujet être regretté que la Cour n'ait pas du tout motivé son choix de ne pas suivre cette suggestion.

On peut ensuite précisément s'interroger sur le choix de la Cour et se demander si celui-ci était, d'une façon ou d'une autre, annoncé par sa jurisprudence antérieure. La lecture des conclusions de l'avocat général Capotorti semble indiquer le contraire. En revanche, P. Oliver, s'il reconnaît (p. 93) que l'arrêt *Cassis de Dijon* constitue un « landmark judgment », estime néanmoins que celui-ci n'est pas révolutionnaire. Selon cet auteur, la Cour a dans cet arrêt assemblé dans un nouvel habit les fils déjà présents dans la jurisprudence antérieure, notamment dans les affaires *ATAB* et *van Tiggele*. On peut pourtant penser que la filiation que P. Oliver établit entre ces différents arrêts est quelque peu excessive. En effet, s'il est vrai que dans ces deux arrêts, la Cour a, semble-t-il, interprété la notion de mesure d'effet équivalent à la lumière de la directive 70/50, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas dans ces arrêts pris position – et qu'elle n'était pas appelée à le faire – sur la place des « exigences impératives » dans le système du traité. Il semble en conséquence que l'on peut légitimement arguer que le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Cassis de Dijon* était réellement novateur.

2) L'ambiguïté du raisonnement

²¹⁹ Durant la période 1979-1986, la Cour continuera à appliquer le raisonnement affirmé dans *Cassis de Dijon*. Dans les arrêts *Gilli* et *Fietje*, elle applique strictement l'arrêt *Cassis de Dijon* : une exigence impérative peut permettre à une mesure nationale d'échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent. Il en ira encore de même dans l'affaire *Kelderman* de 1981 : l'obstacle opposé à la commercialisation aux Pays-Bas de pain légalement produit et commercialisé dans un autre Etat membre n'est justifié par aucun motif d'intérêt général et constitue dès lors une mesure d'effet équivalent. Plusieurs arrêts rendus en 1982 (*Beele*, *Rau* et *Oosthoek*) appliqueront également strictement l'arrêt *Cassis de Dijon*.

Toutefois, dès 1981, un premier germe de confusion apparaît avec l'arrêt *vinaigre* (*Commission c. Italie*, 193/80), dans lequel, citant l'affaire *Cassis de Dijon*, elle déclare que pour que la mesure puisse échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent il faut qu'elle puisse être reconnue comme étant nécessaire pour satisfaire à une exigence impérative telle que la protection de la santé publique ... « visée par l'article [30] ». De même, dans l'arrêt *Commission c. Italie* (« gélatine alimentaire » - 51/83, comp. les points 11, 15 et 16 de l'arrêt) de 1984, le raisonnement utilisé par la Cour ne permet pas de déterminer avec certitude si son examen de l'exigence impérative de la protection des consommateurs est préalable ou postérieur à la qualification de la réglementation incriminée comme mesure d'effet équivalent. Toutefois, la même année et en 1985, la Cour réaffirmera avec force que si des considérations tenant à la protection des consommateurs peuvent, dans certaines conditions, être prises en compte pour vérifier si des mesures nationales relèvent des interdictions prévues à l'article 28, « elles ne sont cependant pas de nature à justifier, au sens de l'article 30, une restriction à l'importation » (arrêts *Kohl AG*, point 19 et *Leclerc/Au blé vert*, point 30).

La voie choisie par la Cour aurait pu la conduire à conclure que la réglementation allemande ne relevait pas de l'interdiction de l'article 28 – et ne constituait donc pas une mesure d'effet équivalent – au cas où elle aurait admis les « exigences impératives » avancées par le gouvernement allemand. Or, si l'on confronte cette réglementation à la lumière de la célèbre formule de l'arrêt *Dassonville*, il ne peut faire aucun doute qu'elle créait une entrave, voire qu'elle était discriminatoire²²⁰. Le choix de la Cour de s'inspirer de la directive 70/50 plutôt que de son arrêt *Dassonville* qui a donné une définition particulièrement claire de la notion de mesure d'effet équivalent est à cet égard surprenant, spécialement après le rappel prodigué par l'avocat général Capotorti à propos de la « validité douteuse » de cette directive après l'arrêt *Dassonville*.

Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour voit donc « l'exigence impérative » comme un moyen permettant à une mesure nationale ayant un effet restrictif sur le commerce de ne pas constituer une mesure d'effet équivalent. Cette position crée une ambiguïté majeure. La Cour cite notamment comme exigence impérative la protection de la santé publique, soit un motif expressément prévu par l'article 30 comme cause de justification d'une mesure d'effet équivalent jugée contraire à l'article 28. Pareil raisonnement était-il juridiquement tenable ? Le raisonnement de la Cour aboutit en effet à admettre la situation suivante : une réglementation nationale, telle celle en cause dans l'affaire *Cassis de Dijon*, qui a un effet restrictif sur le commerce intracommunautaire, serait qualifiée de mesure d'effet équivalent au motif qu'elle n'est pas nécessaire pour satisfaire à une exigence impérative tenant à la protection de la santé publique. Etant contraire à l'article 28, cette réglementation devrait toutefois pouvoir néanmoins être éventuellement justifiée par un motif expressément visé par l'article 30, et notamment... la protection de la santé publique. Ce motif interviendrait donc à deux niveaux : celui de la *qualification* d'une mesure nationale comme mesure d'effet équivalent ou non et celui de la *justification* de cette mesure nationale après qu'elle a été qualifiée de mesure d'effet équivalent.

En 1991²²¹, la Cour mettra fin à cette « incompatibilité juridique » dans l'arrêt *Aragonesa de Publicidad* (point 13), dans lequel elle affirmera que la protection de la santé publique constituant l'un

²²⁰ La législation allemande créait-elle une discrimination ou une simple restriction non discriminatoire ? Elle fut jugée par la Cour et par la doctrine comme indistinctement applicable. De nombreuses réglementations similaires furent appréhendées sous le même angle par la Cour. Pourtant, si l'on examine cette législation en utilisant le *test de la discrimination* tel qu'il était alors appliqué dans l'article 39 dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, cette conclusion paraît nettement moins évidente. Dans ce domaine, la réglementation allemande pourrait être analysée comme étant *formellement indistinctement applicable*, c'est-à-dire applicable tant aux produits nationaux qu'aux produits importés, mais créant une *discrimination déguisée* dans la mesure où elle « vise essentiellement » (termes utilisés par exemple dans l'arrêt *Allué I*) les produits des autres Etats membres, « risque de jouer, en particulier, au détriment » (termes utilisés par exemple dans l'arrêt *Biehl*) de ces derniers, ou impose une « condition nécessairement plus difficile à remplir par ceux-ci » (termes utilisés par l'avocat général Darmon dans l'arrêt *Hoeckx*).

²²¹ Sur le sort du motif de la protection de la santé publique entre 1979 et 1991, voy. les conclusions de l'avocat général van Gerven dans l'affaire *Aragonesa*, pp.1475 à 1478.

des motifs expressément prévu par l'article 30, « il est inutile de rechercher » si elle pourrait également présenter le caractère d'une exigence impérative²²².

3) « Exigences impératives » et « circonstances objectives »

L'article 28 prohibe les entraves et pas seulement les discriminations, de sorte que les critères d'application du principe d'égalité ne sont pas applicables en tant que tels, mais une comparaison reste utile. Dans la jurisprudence *Rückdeschel*, une mesure nationale viole le principe d'égalité si le traitement différent qu'elle applique à des situations comparables ne peut être justifié par des circonstances objectives. Selon l'arrêt *Cassis de Dijon*, une réglementation nationale constitue une *mesure d'effet équivalent* si l'exigence impérative invoquée ne peut justifier l'obstacle aux échanges. « Circonstances objectives » et « raisons impératives » semblent donc jouer un rôle similaire. Leur contenu est cependant très différent. Les « circonstances objectives » visent, du moins dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour, les différences objectives de conditions ou de situations dans lesquelles se trouvent placés les intéressés²²³. Les « exigences impératives » visent des objectifs légitimes que les Etats membres peuvent poursuivre dans le cadre de leurs compétences résiduelles.

III – L'exigence impérative, justification d'une mesure indistinctement applicable

1) L'ambiguïté originelle du concept de « mesure indistinctement applicable »

La réglementation allemande en cause dans l'affaire *Cassis de Dijon* aurait pu être analysée comme créant une discrimination, indirecte, à l'encontre des produits importés. Ce n'est pourtant pas du tout sous cet angle que la Cour raisonna pour apprécier sa compatibilité avec le droit communautaire, bien qu'elle ait elle-même constaté que « *l'effet pratique de prescriptions [relatives à la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses] consiste principalement à assurer un avantage aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national les produits d'autres Etats membres ne répondant pas à cette spécification* » (attendu 14).

Cette attitude de la Cour fut vraisemblablement influencée par la directive 70/50 dont elle s'inspira directement dans son jugement. Selon cette directive, les mesures d'effet équivalent sont, essentiellement, celles qui ne sont pas indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés et qui font obstacle à des importations ou rendent celles-ci plus onéreuses ou plus

²²² Cette nouvelle position fait toutefois suite à un changement de jurisprudence sur le rôle même des raisons impérieuses que la Cour ne voit plus comme permettant à une mesure nationale de ne pas être qualifiée de mesure d'effet équivalent, mais comme motif analogue à ceux de l'article 30 permettant de justifier une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28 (voir *infra* D xxx). Cette évolution jurisprudentielle explique peut-être également la formulation utilisée. En effet, déclarer qu'il est *inutile de rechercher* ne signifie pas qu'il est juridiquement exclu qu'un même motif puisse relever des deux concepts en même temps, mais seulement qu'il est superflu de se poser la question.

²²³ Arrêt *Hochstrass*, point 7.

difficiles (article 2). Constitue donc une mesure d'effet équivalent selon cette directive²²⁴ la réglementation qui crée une *discrimination*. *Directe* puisqu'elle n'est pas indistinctement applicable. En revanche, selon l'article 3 de la directive, des mesures nationales « applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés » et régissant la commercialisation des produits sont présumées être licites, même si elles produisent des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises, *sauf si* ces effets restrictifs sont disproportionnés ou si l'objectif qu'elles visent peut être atteint par un autre moyen qui entravera moins les échanges (ce qui est la même chose !).

Comme le fera remarquer l'avocat général Capotorti dans l'affaire *Cassis de Dijon*, cette approche de la Commission était très « prudente ». On pourrait ajouter, rétrospectivement, qu'elle était aussi très naïve. Elle avait en tout cas tendance à gommer le fait qu'une mesure *formellement* indistinctement applicable peut, tout aussi facilement qu'une mesure *distinctement* applicable, avoir comme *effet* – sinon comme objet – de subordonner l'importation des produits importés à des conditions plus difficiles ou onéreuses. La réglementation en cause dans l'affaire *Cassis de Dijon* l'illustre à suffisance. C'est à raison que l'avocat général Capotorti stigmatisa cette prudence, dès lors que la Cour avait donné elle-même une définition, particulièrement extensive, de la notion de mesure d'effet équivalent dans l'arrêt *Dassonville*. On peut se demander pourquoi la Cour ne choisit pas de confirmer son point de vue dans l'arrêt *Cassis de Dijon* ? En toute hypothèse, ce choix va avoir des conséquences fondamentales sur le rôle de l'exigence impérative.

2) L'exigence impérative, soutien d'une mesure formellement ou réellement indistinctement applicable ?

Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour part du principe qu'en présence d'une disparité de législations, entre les Etats membres, sur la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses chacune de ces réglementations, dès lors qu'elle est formellement indistinctement applicable, est licite, pour autant qu'elle soit nécessaire pour satisfaire à une exigence impérative, si celle-ci ne peut être atteinte par une réglementation moins entravante de la libre circulation. Le critère retenu pour déterminer si une exigence impérative peut être invoquée au soutien d'une réglementation nationale est son caractère *formellement* indistinctement applicable. La Cour s'attache donc exclusivement à la *forme* de la réglementation et non pas à ses *effets pratiques*, même lorsque ceux-ci sont clairement discriminatoires.

En 1981, la Cour sera explicitement invitée à préciser à quelle type de mesures les exigences impératives sont susceptibles de s'appliquer et affirmera que sa jurisprudence *Cassis de Dijon* ne peut

²²⁴ Pour une présentation succincte des opinions doctrinales divergentes quant à la notion de mesure d'effet équivalent, et notamment des défenseurs et adversaires de cette directive, voy. P.Oliver, *Free movement of*

s'appliquer qu'à l'égard des réglementations applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés²²⁵. La protection des consommateurs, objectif légitime, ne peut donc permettre une entrave aux importations si elle ne joue que pour les seuls produits importés, alors qu'elle n'est pas assurée en ce qui concerne la production nationale²²⁶, ou si la réglementation nationale défavorise l'écoulement des seuls produits importés²²⁷.

En pratique toutefois, il est clair que la Cour admit très souvent que des raisons impératives puissent être invoquées au soutien de réglementations *matériellement* distinctement applicables, c'est-à-dire discriminatoires dans leurs effets²²⁸. L'arrêt *Robertson* illustre particulièrement bien le caractère très artificiel de la distinction établie par la directive 70/50, et formellement entérinée par la Cour depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, entre « mesures *formellement indistinctement* applicables » et « mesures *matériellement distinctement* applicables ». Dans cette affaire était en cause une réglementation belge relative au poinçonnage des objets en métal argenté. Cette réglementation prévoyait que les ouvrages en métal argenté ne pouvaient être commercialisés en Belgique que pour autant qu'ils soient revêtus d'un poinçon d'une forme déterminée. On pourrait légitimement arguer que cette réglementation créait une discrimination indirecte évidente au détriment des produits importés, rendant impossible le recours aux exigences impératives. La Cour constate d'ailleurs expressément que cette réglementation rend la commercialisation en provenance d'autres Etats membres « plus difficiles et plus coûteuses » (point 10). La Cour examine toutefois l'exigence impérative qui lui est soumise (et semble d'ailleurs admettre son bien-fondé – point 11) avant de se prononcer sur l'existence d'une mesure d'effet équivalent²²⁹.

§ 2 – Services, premiers glissements

La période 1979-1986 constitue également un tournant crucial dans le développement de la jurisprudence relative à la libre prestation des services, laquelle influencera elle-même directement, dans la période suivante 1986-1993, la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes. Les

goods ..., pp. 90 à 92.

²²⁵ Arrêt *Commission c. Irlande*, (« souvenirs d'Irlande » - 113/80). Dans le cas d'espèce, la réglementation irlandaise était non seulement *matériellement* distinctement applicable, mais également *formellement* distinctement applicable, car elle ne visait que les seuls produits importés. Cet arrêt laisse toutefois sans réponse la question de savoir si les exigences impératives permettent à la mesure nationale d'échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent ou de sauver une mesure préalablement jugée comme ayant cet effet.

²²⁶ Arrêt *Schutzverband gegen Unwesen I.D. Weinwirtschaft*, point 11.

²²⁷ Arrêt *Leclerc/Au blé vert*, point 29.

²²⁸ Par exemple dans les arrêts *Gilli* (réglementation italienne interdisant la commercialisation de produits contenant de l'acide acétique non dérivé de la fermentation acétique du vin), *Kelderman* (réglementation néerlandaise prévoyant que la quantité de matière sèche contenue dans un pain doit se situer à l'intérieur d'une « fourchette » déterminée) ou *Commission c. Italie* (« gélatine alimentaire ») (réglementation italienne limitant la possibilité de commercialisation de produits alimentaires contenant de la gélatine animale).

changements par rapport à la jurisprudence des années septante sont cependant plus des glissements que des ruptures profondes. Glissement de la notion de « discrimination » vers celle de « restriction », évolution vers l'acceptation que des « raisons impérieuses » peuvent justifier une discrimination. Il convient aussi de souligner que ces modifications ne seront pas ressenties comme tels au début des années quatre-vingt. Ce n'est que plus tard, après les arrêts *Gouda* et *Kraus* que des arrêts tels *Webb* et *Seco* feront l'objet d'une relecture par la Cour et seront vus comme les premiers arrêts consacrant la théorie des entraves et la possibilité de justifier celles-ci par des raisons impérieuses.

I – La notion de traitement égal (suite)

1) L'absence de soumission à certaines obligations dans l'Etat membre d'accueil

L'article 50, alinéa 3, prescrit l'obligation à l'Etat d'accueil d'accorder aux prestataires établis dans un autre Etat membre le même traitement que celui qu'il réserve aux prestataires établis sur son territoire. La Cour va cependant affirmer rapidement que l'octroi de ce seul traitement peut ne pas s'avérer suffisant pour permettre l'usage de la liberté consacrée par l'article 49 : l'article 50 « *n'implique cependant pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants de cet Etat et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres Etats membres* »²³⁰.

Cette affirmation va-t-elle au delà de l'interdiction des seules discriminations ? Non. Elle tient simplement compte du fait que le prestataire est déjà, obligatoirement, établi dans un autre Etat membre dans lequel il est, le cas échéant, déjà soumis à une réglementation applicable aux entreprises établies dans cet Etat. Le subordonner à l'application intégrale de la législation du pays d'accueil aurait donc pour effet de l'assujettir éventuellement à *deux* réglementations ; il serait donc discriminé par rapport au prestataire établi dans ce pays d'accueil²³¹. Il ne serait pas discriminé *directement* puisque cette réglementation est applicable aussi aux prestataires de l'Etat d'accueil, mais cette dernière a pour effet de gêner exclusivement ou principalement le prestataire établi dans un autre Etat membre. Il serait donc discriminé de manière *indirecte*. Le Programme général de 1961 qualifie de *discriminations déguisées* les réglementations indistinctement applicables qui gênent exclusivement ou principalement les prestataires établis dans les autres Etats membres²³². L'arrêt *Webb* (point 14)

²²⁹ Le raisonnement tenu dans cet arrêt sur le poinçonnage des objets sera confirmée en 1994 dans l'arrêt *Houtwipper* et en 2001 dans les arrêts *Commission c. Irlande* (« métaux précieux » - C-30/99) et *Commission c. France* (« métaux précieux » - C-84/00).

²³⁰ Arrêt *Webb*, point 16 ; voy aussi l'arrêt *Commission c. France*, (« avocats » - C-294/89), point 26.

²³¹ Dans le même sens, voy. W.H. Roth, «The European Court ... », p. 3, texte sous note (13) et M. Poiaro Madures, p. 50.

²³² Titre III, A, alinéa 3 du Programme général ; arrêts *Thieffry*, point 13 et *Koestler*, point 4.

montre d'ailleurs très clairement que la Cour se situait dans un contexte d'élimination des seules *discriminations*.

2) L'arrêt *Webb*, la nature particulière de certaines prestations

C'est dans le contexte de la détermination de la portée de l'obligation d'octroi du traitement national que doit se comprendre la jurisprudence relative aux prestations d'une « nature particulière ». Dans l'arrêt *Webb*, la Cour affirma que la réglementation du pays d'accueil ne peut s'appliquer *intégralement* au prestataire étranger. Quels aspects de cette réglementation peuvent alors s'appliquer ? Et dans quelles circonstances ? La Cour répondit à ces questions en déclarant que « *compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires* » étrangers²³³. Ces prestations de « nature particulière » sont, par exemple, la mise à disposition de main-d'œuvre²³⁴, l'émission et la transmission de messages télévisés²³⁵, la fourniture de prestations d'assurances en tant qu'apéritif²³⁶. Des cas concrets soumis à l'appréciation de la Cour, il paraît toutefois difficile de dégager un critère strict permettant de définir le caractère « particulier » de certaines prestations. La Cour semble assez souple à cet égard.

La Cour pose en revanche des conditions rigoureuses aux Etats membres désireux d'imposer des « exigences spécifiques » aux prestataires étrangers : (a) la réglementation en cause doit être justifiée par l'intérêt général ; (b) elle doit être indistinctement applicable ; (c) l'intérêt général invoqué doit ne pas déjà être sauvegardé par les règles du pays d'établissement du prestataire et (d) ces exigences spécifiques doivent être objectivement nécessaires. Ces conditions ressemblent très fort à celles que la Cour « codifiera » en 1993 dans l'arrêt *Kraus* pour l'invocation des raisons impérieuses destinées à justifier une discrimination indirecte ou une entrave non discriminatoire. Il y a lieu pourtant de distinguer nettement les deux hypothèses.

Dans la jurisprudence « *Webb* », le *point de départ* est que, compte tenu de la nature particulière de certaines prestations, un Etat membre peut soumettre le prestataire établi dans un autre Etat membre au « même traitement » que le prestataire établi dans l'Etat membre d'accueil et donc, en définitive, lui imposer de respecter sa législation *en plus* de celle de l'Etat membre où il est établi. Mais cette possibilité laissée à l'Etat membre d'accueil suppose que soient remplies les quatre conditions mentionnées ci-dessus. Si tel n'est pas le cas, la législation de cet Etat membre est jugée

²³³ Arrêt *Van Wesemael*, point 28.

²³⁴ Arrêt *Webb*.

²³⁵ Arrêt *Debaue*, point 12.

²³⁶ Arrêts *Commission c. France*, (« coassurances » - 220/83), points 17 et 18 *Commission c. Allemagne*, (« coassurances » - 205/84), points 27 et 28.

discriminatoire. A l'inverse, dans la jurisprudence « *Kraus* »²³⁷, le *point de départ* est la constatation que la législation de l'Etat membre d'accueil crée une *restriction* en principe incompatible avec l'article 49. Mais celle-ci peut alors être *justifiée* par une raison impérieuse pour autant que soient remplies les quatre conditions posées par cet arrêt. Si tel n'est pas le cas, l'entrave à l'article 49 est considérée comme ne pouvant être justifiée²³⁸.

La jurisprudence « *Webb* » ne s'inscrivait donc pas dans un contexte de prohibition d'« autre chose » que les discriminations, mais bien dans celui de la détermination de la portée de l'octroi du traitement national²³⁹. Tous les arrêts faisant partie de cette jurisprudence s'appuient en effet sur l'affirmation, préalable, de l'interdiction par l'article 49 de toutes les discriminations, directes ou déguisées. Cet arrêt fera cependant l'objet d'une « relecture » par la Cour dans la jurisprudence « *post Gouda* » et sera analysé comme l'un des arrêts fondateurs de la « théorie des entraves »²⁴⁰.

III – L'arrêt *Seco*, première faille dans le concept de discrimination indirecte

Seco est une entreprise française spécialisée dans les travaux de construction et d'entretien de l'infrastructure du réseau des chemins de fer. Elle a effectué une prestation de services au grand-duché de Luxembourg en détachant à cette fin des travailleurs de pays tiers affiliés au régime de sécurité sociale français. En vertu du droit luxembourgeois, cette entreprise aurait dû également verser des cotisations patronales au régime luxembourgeois d'assurance vieillesse et invalidité. Très classiquement, cette affaire portait donc sur une question de « double obligation » (en l'espèce de double cotisation). Très classiquement également, la Cour jugea, de manière expresse (point 9), que la réglementation luxembourgeoise créait une discrimination déguisée dans la mesure où la société française subissait une charge supplémentaire et était donc frappée plus lourdement que les prestataires établis sur le territoire national. Le Luxembourg soutint toutefois que cette discrimination était justifiée par des raisons d'intérêt général tenant à la protection sociale des travailleurs.

Logiquement, la Cour aurait dû refuser d'examiner cet argument dès lors qu'il ne correspondait à aucun des motifs inscrits à l'article 56 et qu'elle avait préalablement constaté le caractère discriminatoire de la réglementation luxembourgeoise. Et pourtant elle va l'examiner en détail, peut-être en raison du caractère « social » de la justification avancée. Elle rejettera finalement la raison d'intérêt général avancée pour différents motifs dont l'un insiste sur le fait qu'un Etat membre « *ne*

²³⁷ Ou dans la jurisprudence « *post Gouda* » pour rester dans le domaine de la libre prestation des services.

²³⁸ Voir, par exemple, arrêt *Syndesmos ton en Elladi Touristikou kai Taxiidiotikon Grafeion* (Sttg).

²³⁹ Ce que soulignera également l'avocat général Mancini dans ses conclusions dans l'affaire *Bond van Adverteerders*, point 10 ; voir aussi S. Robin-Olivier, pp. 225 et 231. Cette dernière note avec justesse que cette jurisprudence de la Cour peut être analysée comme une « jurisprudence fondée sur le principe de non-discrimination mais visant à assurer une égalité substantielle et non seulement formelle, qui tient compte de la situation différente de l'étranger ».

saurait utiliser les pouvoirs de contrôle qu'il exerce sur l'emploi de ressortissants de pays tiers pour imposer une charge discriminatoire » sur l'entreprise prestataire de services (point 12)²⁴¹. Rien n'indique toutefois que cet élément ait joué un rôle déterminant dans le raisonnement de la Cour.

Il est difficile de cerner la motivation de l'attitude de la Cour dans cet arrêt, et les conclusions de son avocat général n'offrent cette fois pas d'indications utiles à cet égard. Si elle restera unique durant la période 1979-1986, cette attitude se répétera et se généralisera dans les années nonante²⁴².

§ 3 – Maintien de la jurisprudence traditionnelle dans les autres domaines

Dans le domaine de la libre circulation des marchandises ou de la libre prestation des services, la période qui s'écoula entre l'arrêt *Cassis de Dijon* et les arrêts *Pétillant de raisins*²⁴³ et *coassurance* peut être considérée comme constituant un tournant (libre circulation des marchandises), ou comme contenant les premiers frémissements des changements à venir dans la jurisprudence de la Cour (libre prestation des services). A l'inverse, la jurisprudence concernant le principe d'égalité dans les autres domaines du droit communautaire confirma très largement la jurisprudence antérieure.

I – La libre circulation des travailleurs

A la fin de l'année 1986, l'attitude de la Cour dans l'application du principe d'égalité était toujours la même que celle adoptée dans le premier arrêt de 1969, l'arrêt *Ugliola* : le constat d'une différence de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs ressortissants des autres Etats membres aboutit invariablement à la conclusion de l'existence d'une discrimination contraire au traité ou au règlement 1612/68. Le concept de raison impérieuse est totalement absent de ce raisonnement, la Cour rappelant qu'une discrimination ne peut être justifiée que par l'un des motifs expressément prévus par le traité²⁴⁴. C'est finalement cette absence totale de mention des raisons impérieuses qui doit être notée, alors que la Cour commençait à utiliser ce concept (jurisprudence *Seco*) dans la libre prestation des services ou que sa jurisprudence dans ce domaine - en tout cas telle que la Cour la relit aujourd'hui - commençait à glisser du concept de discrimination à celui d'entrave (jurisprudence *Webb*). En ce qui concerne la jurisprudence *Webb*, la nécessité pour la Cour de trouver une nouvelle formulation pour appréhender les situations discriminatoires qui lui étaient soumises se justifiait par la différence, factuelle et juridique, existant entre la libre prestation des services et la libre circulation des

²⁴⁰ Voir *infra* chap. II.

²⁴¹ Dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, la Cour précisera que de tels pouvoirs de contrôle, s'ils sont permis, ne peuvent avoir pour effet de rendre illusoire la liberté de prestation de services (point 17).

²⁴² Voir par exemple arrêts *Commission c. Italie*, («marchés publics 1»), points 12 et 14 ; *Commission c. Belgique*, (« accès aux réseaux de télédistribution » - C-211/91), points 6 et 9 ; *Corsica Ferries 2*, points 33 et 36 et *Svensson*, points 12 et 18.

²⁴³ Aff. 179/85, *Commission c. Allemagne*.

travailleurs. Alors que dans la libre circulation des travailleurs la situation de ceux-ci dépend exclusivement, en principe, de la seule législation de l'Etat membre d'accueil, dans la libre prestation des services la situation des prestataires de services implique, en principe, la prise en compte de la législation de l'Etat membre d'accueil, mais également celle de l'Etat membre d'origine, rendant plus complexe la détermination exacte de la portée de l'obligation de traitement national imposée à l'Etat membre d'accueil.

II – La politique agricole commune et le contentieux de la fonction publique

Dans ces domaines, la Cour continua d'appliquer strictement le principe d'égalité, tel que formulé dans l'arrêt *Rückdeschel*. Ainsi, dans la PAC, elle jugea que la situation du sucre en cours de transport au début du mois entre deux magasins agréés dans un même Etat membre n'est pas identique à celle où les magasins sont établis dans différents Etats membres²⁴⁵ ou que la situation dans les domaines betteravier et sucrier sur le territoire italien diffère sensiblement de celle qui existe sur le territoire des autres Etats membres²⁴⁶. Dans les deux cas, elle conclura logiquement que « dans ces conditions la différence entre les deux situations pouvant justifier une différence de traitement, cette différence de traitement ne constitue pas une discrimination interdite par le droit communautaire »^{247 248 249}.

Le contentieux de la fonction publique constitue lui aussi un domaine de prédilection d'une application fidèle du principe d'égalité par la Cour dans la période 1979-1986²⁵⁰. Elle a ainsi considéré que se trouvent dans une situation différente, au regard du taux de change pour le calcul des

²⁴⁴ Aff. *Pieck*, point 9.

²⁴⁵ Aff. *Wagner*, point 21.

²⁴⁶ Aff. *Eridania*, point 18.

²⁴⁷ Aff. *Wagner*, point 21. Il convient néanmoins de relever que cette formulation reste légèrement ambiguë. En effet, dès lors qu'une différence objective de situation est constatée, la conclusion doit être qu'il *ne peut* y avoir de discrimination, et non seulement que cette différenciation objective *peut justifier* une différence de traitement. Cette formulation semble d'ailleurs faire écho à celles des arrêts *Klöckner-Werke* et *Gouvernement de la République italienne c. Commission* (voy. *supra*).

Il faut préférer la formulation de l'arrêt *Eridania* (point 19) dans lequel la Cour déclare que « de telles différences de traitement trouvent donc leur base dans des différences objectives découlant des situations économiques sous-jacentes ; elles ne sauraient être considérées comme discriminatoires ».

²⁴⁸ Cette jurisprudence sera encore fidèlement appliquée dans la période 1986-1993 ; voy. arrêts *Rau*, points 26 à 32, *Leukhardt*, point 19, *Grands moulins de Paris*, points 10 à 15 et *Coopérative agricole d'approvisionnement des avirons*, points 11 à 17, dans lequel la Cour constate que le traitement identique de situations qui ne sont pas objectivement distinctes ne viole pas le principe d'égalité. Il en ira de même durant la période 1994-2005, voy. arrêt *Heineken Brouwerijen*, points 21 et 22 et *Italie c. Commission* (« produits vitivinicoles » - C-283/02 », points 78 à 80.

²⁴⁹ Elle fit de même dans l'interprétation du traité CECA, confirmant sa jurisprudence des années cinquante, selon laquelle n'est pas discriminatoire le traitement différent d'entreprises se trouvant dans une situation différente, arrêt *Alpa*, point 16. La Commission traitait différemment les groupes d'entreprises intégrés par rapport aux entreprises individuelles disposant de plusieurs établissements de production.

²⁵⁰ Cette application fidèle sera poursuivie durant les deux décennies suivantes ; voy. parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Valenzuela Marzo* de 2004, point 122, dans lequel le Tribunal conclut à la différence de situation entre fonctionnaires soumis à un stage et ceux qui n'y sont pas soumis en ce qui concerne le point de départ du délai d'une année pour l'installation de la famille du fonctionnaire dans son lieu d'affectation.

rémunérations, les fonctionnaires en service et ceux qui sont à la retraite²⁵¹, et qu'il en est de même, en ce qui concerne le droit au double plafond pour les allocations scolaires, entre les fonctionnaires bénéficiant de l'indemnité de dépaysement et ceux n'en bénéficiant pas, les premiers envoyant dans leur très grande majorité leurs enfants faire leurs études supérieures dans le pays d'origine²⁵². Dans les deux cas, la Cour conclut donc, comme elle le fit dans l'affaire Hochstrass²⁵³, que le principe d'égalité « n'interdit pas au législateur communautaire de tenir compte des différences objectives de conditions ou de situations dans lesquelles se trouvent placés les intéressés ».

Même si cela présente un grand intérêt, théorique et pratique, distinguer une *situation objectivement différente* impliquant qu'il ne peut y avoir discrimination, d'une *situation comparable dont le traitement différent est objectivement justifié*, et donc non discriminatoire, n'est pas toujours aisé²⁵⁴. Dans l'affaire *Boussac*, la Cour était invitée à interpréter l'article du 12 du traité à propos d'une législation nationale soumettant l'accès des créanciers aux tribunaux à des conditions relatives à la monnaie dans laquelle les créances étaient libellées. La Cour examine d'abord si la législation aboutit bien à traiter de manière différente deux situations comparables. La réponse étant positive, elle vérifie ensuite si la différence de traitement peut être justifiée par une *raison objective*, à savoir que le traitement électronique du recouvrement des dettes prévu par la législation en cause ne serait pas possible pour les créances libellées en monnaie étrangère, et considère que cet argument n'est pas convaincant. La Cour conclut cependant (point 13) que cette considération n'est pas de nature à épuiser le problème. Mais sans aucune motivation, elle juge finalement que la distinction ainsi créée ne constitue pas une discrimination dès lors que les parties au contrat sont libres de choisir la monnaie dans laquelle la créance est libellée !

²⁵¹ Arrêt *Adam*, point 39.

²⁵² Arrêt *Ferrario*, points 9 à 13.

²⁵³ Point 7 ; concernant le fait que l'indemnité d'expatriation était réservée aux fonctionnaires qui n'ont pas et n'ont jamais eu la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel est situé le lieu de leur affectation et qui ne bénéficient pas de l'indemnité de dépaysement. *Contra*. R. Hernu (p. 190) qui voit dans cet arrêt une réalisation d'une égalité concrète entre fonctionnaires au moyen d'une « mesure compensatoire ».

²⁵⁴ Par exemple, dans l'affaire *Schumacker* de 1995, les travailleurs salariés exerçant leur activité en Allemagne, mais ne résidant pas dans cet Etat membre se trouvaient-ils, s'agissant des modalités d'imposition des revenus tirés du travail, dans une situation objectivement différente de celle de leurs collègues résidant dans cet Etat membre de sorte que leur traitement différent ne pouvait, en principe, être discriminatoire *ou*, bien que dans une situation comparable leur traitement différent était-il, éventuellement, objectivement justifié ? La Cour établit le principe de la première option (point 31 – mais il est vrai que dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a limité la portée de cette position, voy. notamment l'affaire *Wallentin* de 2004 ainsi que les conclusions de l'avocat général Léger, lequel résume la jurisprudence sur ce point depuis *Schumacker*). En revanche, en 2004, dans *Lenz*, elle conclut qu'en principe une règle fiscale qui vise à atténuer les effets d'une double imposition des bénéfices distribués par la société au profit de laquelle l'investissement est réalisé, les actionnaires assujettis de façon illimitée à l'impôt en Autriche qui perçoivent des revenus de capitaux d'une société établie dans un autre Etat membre se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'actionnaires assujettis de façon illimitée à l'impôt également en Autriche, mais percevant des revenus de capitaux d'une société établie dans ce dernier Etat membre (point 32).

Dans une affaire relative au contentieux de la fonction publique, elle jugea également que bien que les lauréats d'un concours pour opérateurs d'installations d'interprétation en poste à Bruxelles avaient été recrutés à un grade moins favorable que leurs collègues en poste à Luxembourg, cette inégalité de traitement était objectivement justifiée par le fait que les fonctionnaires à Luxembourg étaient en plus petit nombre et devaient donc avoir une plus grande aptitude à se remplacer mutuellement²⁵⁵.

Dans les deux cas, la conclusion à laquelle aboutit finalement la Cour peut légitimement prêter à discussion. Cela illustre qu'il est plus difficile d'appréhender le caractère réellement « objectif » de la justification du traitement différent de situations préalablement considérées comparables que d'affirmer le caractère « objectivement différent » de deux situations. Durant la période 1979-1986, la Cour ne s'est toutefois pas toujours attachée à ces subtilités.

§ 4 – L'arrêt *Jenkins*, une définition spécifique de la discrimination indirecte dans l'égalité entre hommes et femmes

Dans les années septante, la Cour n'eut aucune difficulté à étendre l'interdiction de discriminer aux discriminations dites indirectes ou déguisées dans le domaine de la libre circulation des travailleurs et des services (voir *supra*, section 2). Il n'était alors²⁵⁶ pas contestable que pour qu'une discrimination indirecte puisse être constatée, il suffisait que le plaignant puisse prouver qu'il était lui-même victime d'une discrimination, peu importe le nombre d'autres ressortissants communautaires également affectés par la règle potentiellement discriminatoire²⁵⁷. La question a fait l'objet de débats plus difficiles dans les années quatre-vingt dans le domaine de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins... et a donné lieu à une réponse quelque peu différente.

La Cour était appelée dans l'affaire *Jenkins* à se prononcer sur la question de savoir si était constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération le fait pour une entreprise productrice de vêtements pour femmes d'accorder à une travailleuse, occupée à temps partiel, une rémunération, par heure de travail, inférieure à celle payée à ses collègues masculins occupés à temps plein.

²⁵⁵ Arrêt *Micheli*, points 5 et 6.

²⁵⁶ La question fait depuis l'arrêt *O'Flynn* l'objet d'une analyse plus ambiguë. Depuis cet arrêt, la Cour semble considérer qu'une discrimination indirecte est celle qui *risque de jouer en particulier au détriment* des ressortissants des autres Etats membres.

²⁵⁷ Cet élément sera formulé de manière pertinente par l'avocat général van Gerven dans l'affaire *Kraus* (texte sous note (10) : « l'importance du groupe de ressortissants CEE (comparé au groupe d'Allemands) qui se trouvent dans une telle situation est toutefois sans incidence, à notre avis, sur l'applicabilité du principe de l'interdiction de discrimination de l'article [39]. Il s'agit, en effet, de déterminer le caractère discriminatoire de la réglementation nationale en elle-même. Il suffit, à cet égard, que la réglementation soit de nature à produire, potentiellement, un effet discriminatoire à l'encontre de ressortissants d'autres Etats membres, peu importe leur nombre ».

Une application de la « définition *Sotgiu* » dans une telle situation aboutirait à la solution suivante. La travailleuse et ses collègues effectuent un même travail, la première à temps partiel, les seconds à temps plein, mais perçoivent une rémunération horaire différente. Il y a donc bien traitement différent de situations comparables. Celui-ci peut-il être objectivement justifié ? Dans la motivation de son arrêt de renvoi, la juridiction nationale avait considéré qu'il existait une « différence substantielle » entre le travail à temps plein et le travail à temps partiel (en l'occurrence 75% du temps plein) justifiant que la clause d'égalité ne s'applique pas. Il ne fait cependant aucun doute que dans le domaine de la libre circulation, pareil argument ne serait pas pertinent. Il faudrait donc en conclure que la différence de traitement en matière de rémunération horaire entre la travailleuse et ses collègues masculins est discriminatoire, peu importe le nombre de travailleuses affectées par la mesure.

Le raisonnement suivi par la Cour dans son arrêt est tout autre et il est généralement admis qu'elle a été influencée à cet égard par la teneur des arguments présentés. L'avocat de la plaignante invoquait en effet un arrêt de la Cour suprême US²⁵⁸ selon lequel, d'après lui, s'il est prouvé qu'une condition donnée pour obtenir un salaire égal pour un travail égal, comme le fait d'accomplir un nombre minimal d'heures chaque semaine, frappe de façon disproportionnée les travailleurs d'un sexe, l'application d'une telle condition est discriminatoire, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elle est manifestement liée à l'activité en cause. La Commission rejeta catégoriquement cette approche au motif qu'elle aboutirait à un système très difficile à contrôler en pratique. En revanche, l'avocat général Warner estima cette approche correcte, notamment parce qu'elle concorderait avec la jurisprudence *Sotgiu* et conclut qu'il n'y avait pas de « raison d'appliquer un principe différent à la discrimination fondée sur le sexe » (p. 937). Or, me paraît-il, les critères de la discrimination indirecte de l'arrêt *Sotgiu* sont différents de ceux de l'arrêt *Griggs* de la Cour suprême US. A la lecture de celui-ci²⁵⁹, il est permis de douter de sa complète pertinence aux fins de la solution à donner au cas que la Cour avait à résoudre dans l'affaire *Jenkins*. Paraît plus intéressante la référence que l'avocat

²⁵⁸ *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971. Dans cette affaire, la Cour suprême US devait résoudre la question de savoir si le *Civil Rights Act 1964, Title VII* interdit à un employeur d'exiger un diplôme de *high school* ou la réussite d'un test standardisé d'intelligence comme condition de recrutement lorsque (a) il n'est pas prouvé que ni l'un ni l'autre sont liés de manière significative à une réussite dans l'emploi en cause, (b) les deux critères ont pour effet d'agir de manière significative au détriment des candidats afro-américains, et (c) les emplois en cause ont été remplis précédemment uniquement par des employés blancs selon une pratique ancienne de donner la préférence à des employés blancs ; pour une analyse de cet arrêt, voy. *infra* mon analyse de la notion de *systemic disparate impact* dans la jurisprudence de la Cour suprême US.

²⁵⁹ Dans son arrêt, la Cour suprême US jugea que le Titre VII exige l'élimination de toute barrière artificielle, arbitraire et non nécessaire à l'emploi qui joue de manière « odieuse » (« *invidiously* ») et discrimine en fonction de la race. Et s'il ne peut être prouvé qu'une pratique de recrutement qui a pour effet d'exclure les Afro-américains est liée à l'exécution de l'emploi en cause (« *job performance* »), elle est interdite, peu importe l'absence d'intention discriminatoire dans le chef de l'employeur. Voy. également *infra* mon analyse de la notion de discrimination indirecte dans le Titre VII du *Civil Rights Act 1964*.

général Warner fait à l'arrêt *Dothard v. Rawlinson* de la même Cour suprême US²⁶⁰. Dans cette affaire, une candidate à un emploi de gardienne de prison dans l'Alabama avait vu sa candidature refusée au motif qu'elle ne remplissait pas la condition de poids (120 pounds - +/-51 kg) et de taille (5 pieds 2 pouces - +/- 1 m 58) requises. Il était acquis que cette condition avait pour effet d'exclure plus de 40% de la population féminine et moins d'1% de la population masculine. La Cour suprême US jugea que pour établir un cas de discrimination *prima facie*, une plaignante doit seulement montrer que les critères d'apparence neutre utilisés ont pour résultat de sélectionner des candidats d'une manière significativement discriminatoire (« *significantly discriminatory pattern* »). Pour démontrer l'absence de discrimination, l'employeur doit alors prouver que les conditions de poids et de taille requises sont nécessaires pour l'emploi en cause en ce sens qu'elles ont une relation manifeste avec la force essentielle nécessaire à l'accomplissement du travail à accomplir en tant que gardien de prison. La Cour suprême US constata qu'en l'espèce l'employeur n'avait pas rapporté cette preuve. Néanmoins, la Cour suprême US jugea que les conditions en cause tombait dans le champ d'application étroit de l'exception, prévue par le *Civil Rights Act 1964*, de la « bona-fide-occupational-qualification »²⁶¹. La Cour suprême releva en effet que la violence était continuelle dans les prisons de l'Alabama, qu'une majorité de prisonniers était constituée de « *sex offenders* » et que l'utilisation de gardiens de prison féminins, par exemple lors de fouilles corporelles de prisonniers de sexe masculin dans des prisons haute sécurité, poserait un problème substantiel de sécurité, directement lié au sexe du gardien de prison²⁶².

²⁶⁰ L'arrêt *Dothard* est certes un prolongement direct de la jurisprudence sur le *systemic disparate impact* inaugurée par *Griggs*, mais tant les faits que la motivation de l'arrêt me paraissent pouvoir mieux expliquer le raisonnement finalement choisi par la Cour de justice.

²⁶¹ Qui peut être, grosso modo, assimilée à l'exception, prévue par l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207, selon lequel la directive ne fait pas obstacle à la faculté pour les Etats membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante. La directive 2002/73, amendant la directive 76/207, limitera (conformément à la jurisprudence de la Cour), lorsqu'elle entrera en vigueur (en octobre 2005), la portée de cette exception : « *les Etats membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* » (nouvel article 2, paragraphe 6, de la directive 76/207, modifiée).

²⁶² Voy. toutefois J.D. Ingram, « Prison Guards and Inmates of Opposite Genders : Equal Employment Opportunity Versus Right of Privacy », 7 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, (2000), p. 3, sur la jurisprudence américaine postérieure à l'arrêt *Dothard*. Selon cet auteur (pp. 16-17), les conditions de fait ayant donné lieu à cet arrêt n'étaient pas représentatives de celles prévalant habituellement dans les prisons américaines, même à l'époque. Son analyse de la jurisprudence ultérieure l'amène dès lors à conclure que cet arrêt n'a eu que peu d'impact sur l'emploi de gardiennes dans les prisons dans la mesure où aucun autre tribunal n'a ultérieurement été confronté à des circonstances factuelles similaires à celles de « violence rampante » et « d'atmosphère de jungle » présentes dans l'affaire *Dothard*.

Voy. également l'arrêt de la Cour suprême du Canada de 1993 dans l'affaire *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, dans lequel cette Cour considère que le principe d'égalité, en l'occurrence, « *n'exige pas que les*

Cet arrêt éclaire bien le raisonnement qui sous-tend l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Jenkins*. La Cour jugea en effet que « *s'il s'avère qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine qui est requis pour pouvoir prétendre au salaire horaire à taux plein, l'inégalité de rémunération est contraire à l'article 119 du traité lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour être en mesure d'effectuer ce nombre minimal d'heures par semaine, la pratique salariale de l'entreprise en question ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fonde sur le sexe* » (point 13). C'est ce raisonnement qui se retrouve dans tous ces arrêts rendus depuis lors sur la notion de discrimination indirecte²⁶³. Il est toutefois permis de s'interroger sur la légitimité de « l'importation » des Etats-Unis de ce raisonnement lié aux spécificités du *Civil Rights Act 1964*. Particulièrement dans la mesure où la Cour disposait déjà de sa propre analyse du concept de « discrimination indirecte » donnée dans l'arrêt *Sotgiu*. En toute hypothèse, la conclusion à laquelle aboutit la Cour de justice n'était pas inévitable ; elle aurait pu adopter une approche plus favorable aux travailleurs féminins en rendant moins difficile, et en particulier moins tributaire du rapport d'une preuve statistique, le constat d'une discrimination indirecte à leur encontre.

Conclusions du premier chapitre

Au-delà de l'établissement de principes généraux devant gouverner l'application du principe de non-discrimination, un élément marquant de la jurisprudence allant de 1954 à 1986, est indéniablement l'affirmation que ce principe n'a pas vocation à jouer le même rôle dans tous les domaines d'application du droit communautaire.

pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectées à la garde d'hommes détenus. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, il est évident que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes et représente une plus grande menace pour ces dernières ». Le raisonnement tenu dans ce dernier arrêt me paraît toutefois discutable (voy *infra*, dans la IIe partie, mon analyse de la jurisprudence de la Cour suprême canadienne). Rappelons enfin que la Cour de justice a elle-même laissé sur ce point une large marge de manoeuvre aux Etats membres ; dans l'affaire *Commission c. France* (« recrutement surveillants » - 318/86), elle a admis que la France pouvait organiser un recrutement distinct d'hommes et de femmes comme « surveillants chefs » en estimant, de manière quelque peu vague, qu'il peut « y avoir des raisons pour n'admettre aux fonctions de surveillant chef que les personnes ayant exercé effectivement les fonctions de surveillant » (point 17).

²⁶³ Durant la période 1979-1986, voy. les affaires *Bilka-Kaufhaus* et *Rummier*. Cette dernière présente une certaine ressemblance au niveau des faits avec l'affaire *Dothard v. Rawlinson*, dans la mesure où le critère « discriminatoire » en cause pour justifier la différence de rémunération était celui de l'effort musculaire et du caractère physiquement pénible du travail (emballage de colis de plus de 20 kg dans le secteur de l'imprimerie).

Si dans le domaine des libertés fondamentales, la différenciation se marqua dès l'origine entre *marchandises* et *personnes*, l'émergence de la notion d'exigence impérative dans la libre circulation des marchandises déteignit implicitement sur l'approche de la Cour à l'égard du rôle de la discrimination dans la libre prestation des services. Ce frémissement initial eut pour effet de détacher la jurisprudence sur la libre prestation des services de celle relative à la libre circulation des personnes.

L'autre conclusion fondamentale qui peut être tirée de l'examen de ces trente ans de jurisprudence est qu'à côté du rôle différent joué par l'interdiction des discriminations dans les différents domaines d'application du traité, le concept même de discrimination, surtout celui de la discrimination *indirecte*, n'est pas défini de la même manière selon que le motif de différenciation est la nationalité ou le sexe. Une fois encore, la Cour de justice justifia cette divergence d'attitude par le *rôle* différent qui aurait été attribué par les auteurs du traité aux discriminations fondées sur ces deux motifs. Pour définir ce concept dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour de justice s'est tournée vers la jurisprudence de la Cour suprême US. Mais dans ce premier exercice comparatiste, la Cour semble avoir succombé au même danger que celui qui la guette aujourd'hui chaque fois qu'elle s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne, à savoir ne pas s'être interrogée sur la pertinence de l'incorporation dans le droit communautaire d'une solution dégagée dans un autre ordre juridique, et encore de manière partielle, puisque l'analyse par la Cour suprême US des discriminations fondées sur le sexe est différente selon qu'elle raisonne dans le cadre de la Constitution (discriminations imputées à l'Etat) ou dans celui du *Civil Rights Act* (discriminations dues à un employeur privé).

Les choix de la Cour étaient donc parfois discutables. Mais ils reposaient, le plus souvent, sur des choix clairs et ceux-ci transparaissaient normalement dans les différentes affaires qui lui étaient soumises.

Chapitre II – La perte des repères – l'avènement de l'approche casuistique (1986 – 2005)

Si l'on peut assez aisément distinguer trois phases dans la jurisprudence s'étendant jusqu'à 1986, il semble beaucoup plus difficile d'effectuer le même exercice sur la jurisprudence ultérieure. Le 4 décembre 1986 peut-il ainsi réellement être présenté comme une date pivot dans la jurisprudence de la Cour (section 1) ? Il me semble que oui. Mais on ne peut certes prétendre que le libellé des différents arrêts rendus ce jour-là fournit une confirmation explicite de cette impression.

Mais cette ambiguïté dans la formulation du raisonnement constitue en revanche une caractéristique majeure de toute la jurisprudence postérieure. Si l'on compare par exemple la jurisprudence actuelle sur la libre circulation des personnes et la libre prestation des services à celle en vigueur jusqu'en 1986, on ne peut que constater des différences fondamentales concernant la nature et le rôle de l'interdiction des discriminations. Il serait toutefois vain de soutenir qu'à un moment quelconque la Cour de justice a motivé par une argumentation théorique explicite les différents glissements et revirements qui ont marqué cette période.

Il semble toutefois qu'entre 1987 et 1993, la Cour va, progressivement, consacrer la primauté du concept d'entrave dans toutes les libertés et l'importance des raisons impérieuses (section 2). Elle n'a toutefois pas fourni un *mode d'emploi* des nouveaux concepts ayant accompagné les évolutions radicales de cette période charnière. Ce silence de la Cour sur la nature exacte de ces notions et leurs relations avec celle de discrimination conduit nécessairement à s'interroger sur la signification actuelle du principe d'interdiction des discriminations et sur les relations de celui-ci avec le principe d'égalité (section 3). L'intervention du législateur et du Constituant communautaires sur les concepts de discrimination et d'égalité ne fournit pas toujours de réponse satisfaisante à ces interrogations (section 4).

Section 1 – Le 4 décembre 1986, date pivot dans la jurisprudence ?

Le 4 décembre 1986, la Cour rendit 5 arrêts²⁶⁴ qui ont fait basculer sa jurisprudence de manière fondamentale. En tout cas le raisonnement tenu dans ces arrêts marque une rupture par rapport à la jurisprudence *Cassis de Dijon* dans la libre circulation des marchandises (§ 1) et par rapport à la jurisprudence suivie depuis l'arrêt *van Binsbergen* dans la libre prestation des services (§ 2).

²⁶⁴ Affaires 179/85, *Commission c. Allemagne* (« pétillant de raisins ») dans le domaine de la libre circulation des marchandises ; aff. 220/83, *Commission c. France*, 252/83, *Commission c. Danemark*, 205/84, *Commission c.*

§ 1 – Marchandises : l'exigence impérative comme justification d'une entrave

I – L'arrêt Pétillant de raisins

En France, du jus de raisins ayant subi une fermentation partielle est fabriqué sous la dénomination « pétillant de raisins » et vendu dans une présentation dont la forme et les dimensions sont similaires à celles de la bouteille de champagne. En Allemagne, seuls les vins mousseux et quelques autres boissons pouvaient être commercialisés sous cette forme (incluant notamment l'utilisation de « bouchons de champagne ». La Commission attaqua devant la Cour cette réglementation allemande, formellement indistinctement applicable, arguant qu'elle constituait une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28. L'arrêt fut rendu par la Cour en formation plénière (*petit plénum* – 7 juges).

L'avocat général Slynn ne conclut à l'existence d'une mesure d'effet équivalent que tout à la fin de ses conclusions, lorsqu'il suggère à la Cour d'accueillir le recours de la Commission. A ce stade de ses conclusions, il déclare en effet qu'il ne lui paraît pas que l'Allemagne soit parvenue à établir que sa réglementation est justifiée par la nécessité de protéger les consommateurs ou de prévenir la concurrence déloyale. Il en conclut qu'il lui semble « *en conséquence* » qu'elle est incompatible avec l'article 28. Dans ses observations précédant cette conclusion, l'avocat général s'attache exclusivement à vérifier la pertinence des arguments avancés par les autorités allemandes sans jamais avancer que la réglementation allemande constitue, *en toute hypothèse*, une mesure d'effet équivalent.

Dans son arrêt, la Cour constate *d'emblée* (point 9) que la réglementation allemande constitue une mesure d'effet équivalent prohibée par l'article 28. Elle s'écarte donc du raisonnement formulé dans l'arrêt *Cassis de Dijon* – et repris par son avocat général – dans lequel cette constatation n'intervient que comme point final du raisonnement, soit après qu'a été vérifiée la pertinence des exigences impératives avancées par l'Etat défendeur. Elle enchaîne ensuite en déclarant que « toutefois » il résulte de sa jurisprudence constante qu'un obstacle à la libre circulation des marchandises doit être accepté dans la mesure où la réglementation, indistinctement applicable, qui le crée répond à une exigence impérative. Cette déclaration pervertit sa « jurisprudence constante », puisque dorénavant ce n'est plus seulement un obstacle à la libre circulation, inhérent à toute réglementation commerciale, qui doit le cas échéant être accepté, mais un obstacle qu'elle a *déjà* considéré comme constituant une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28 du traité. S'agissant de l'exigence impérative de la protection des consommateurs, elle considère que la réglementation communautaire relative à l'étiquetage est déjà suffisante pour prévenir toute confusion dans l'esprit des consommateurs et conclut que l'Allemagne a manqué à ses obligations découlant de l'article 28 du traité.

Allemagne et 206/84, *Commission c. Irlande*. Ces quatre derniers arrêts sont connus comme les arrêts « coassurance ».

II – Caractère réellement novateur du raisonnement ?

Comme à propos de l'arrêt *Cassis de Dijon*, il faut se demander si la Cour a procédé dans cet arrêt à un réel revirement – que celui-ci d'ailleurs soit conscient ou inconscient – ou si elle n'a pas simplement formulé de manière plus nette un raisonnement déjà présent dans sa jurisprudence antérieure. Le raisonnement de l'arrêt *Cassis de Dijon* fut suivi assez fidèlement par la Cour durant la période 1979-1986. Des premiers craquements dans la formulation de celui-ci étaient certes déjà perceptibles, mais même en 1984 et 1985, elle avait confirmé expressément celui-ci. Un arrêt rendu également en 1984, l'arrêt *Prantl*, illustre néanmoins, de manière presque caricaturale, tout à la fois l'ambiguïté de certains arrêts de cette époque et le caractère réellement novateur de l'arrêt *Pétillant de raisins*.

Dans cet arrêt, la Cour était appelée à répondre à des questions soulevées dans le cadre d'une procédure menée en Allemagne contre un ressortissant italien, M. Prantl, pour avoir importé et commercialisé du vin en utilisant des bouteilles dites de « Bocksbeutel »²⁶⁵, alors que la réglementation allemande restreignait cette utilisation aux vins issus de certaines régions allemandes. Il convient tout d'abord de noter que la Cour qualifie (point 24) cette réglementation de mesure *indistinctement* applicable dans la mesure où elle affecte également les vins issus d'autres régions allemandes. Cette qualification pourrait pourtant être contestée. Comme la Cour l'affirmera elle-même en 1990 dans l'affaire *Du Pont de Nemours Italiana* (points 12 et 13), le fait que la réglementation désavantage également certains produits nationaux n'infirmes pas le fait que seuls des produits nationaux sont avantagés, de sorte que pareille réglementation est discriminatoire et constitue une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28. Dans l'affaire *Prantl*, la Cour elle-même admet (points 21 à 23) que la réglementation en cause a des « effets protecteurs » et « défavorise » les producteurs étrangers. Elle n'en tire toutefois pas la conséquence logique.

Au point 24 de son arrêt, la Cour ajoute qu'ayant des effets protecteurs, cette réglementation ne saurait échapper à l'interdiction édictée par l'article 28. Cette formulation est très ambiguë, puisqu'elle laisse à penser que la Cour constate ainsi que la réglementation constitue une mesure d'effet équivalent. Mais au contraire, elle enchaîne, au point suivant, par le rappel de sa jurisprudence *Cassis de Dijon* et examine si ces effets protecteurs sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à la protection des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales. Ce n'est qu'après avoir conclu que tel n'est pas le cas qu'elle répond (point 30) qu'en conséquence la mesure allemande constitue une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28. Malgré l'ambiguïté de la formulation, la Cour était donc toujours dans une logique dérivée de l'arrêt *Cassis de Dijon*.

²⁶⁵ Bouteille pansue, de forme caractéristique. Tant en Allemagne qu'en Italie, l'usage d'un tel type de bouteilles a une tradition plus que centenaire.

Cette constatation est confirmée par le fait que ce n'est *qu'ensuite* qu'elle examine si la mesure d'effet équivalent peut être justifiée par un motif d'intérêt général de l'article 30.

L'arrêt *Pétillant de raisins*, lequel fait intervenir l'examen de l'exigence impérative *après* la conclusion que la réglementation litigieuse constitue une mesure d'effet équivalent, était donc réellement novateur.

Comment expliquer cette modification majeure dans l'approche de la Cour ? En l'absence d'un système analogue à celui des « *concurring/ dissenting opinions* », il est toujours malaisé – voire dangereux – d'essayer d'interpréter les silences de la Cour ou les lacunes dans son raisonnement. L'explication suivante pourrait éventuellement être avancée pour expliquer ce revirement²⁶⁶.

Les effets de la réglementation allemande en cause dans cette affaire sur l'importation des produits des autres Etats membres étaient assez similaires aux effets de celle incriminée dans l'affaire *Cassis de Dijon*. L'existence d'une entrave au commerce intracommunautaire était dans les deux cas assez flagrante, que l'on juge que la mesure nationale était discriminatoire ou indistinctement applicable. Le raisonnement *Cassis de Dijon* présente un risque certain, celui de faire dépendre l'existence d'une mesure d'effet équivalent de l'appréciation, parfois difficile, du caractère proportionné ou non de la mesure pour satisfaire à une exigence impérative. Le résultat auquel ce raisonnement pouvait conduire - cette mesure ne constitue *pas* une mesure d'effet équivalent, bien qu'elle entrave le commerce intracommunautaire et/ou qu'elle ait des effets protecteurs - pouvait se révéler juridiquement irréconciliable avec la définition, extrêmement large, de la notion de mesure d'effet équivalent donnée dans l'arrêt *Dassonville*. Les temps n'étaient certainement pas encore mûrs pour remettre en cause celui-ci. Permettre une prise en compte accrue des intérêts, légitimes ou non, des Etats membres tout en respectant fidèlement cet arrêt exigeait donc des contorsions juridiques de plus en plus difficiles, que reflète peut être d'ailleurs la formulation parfois très ambiguë des arrêts « post *Cassis de Dijon* ». Un renversement de celui-ci ne s'imposait-il dès lors pas ? Renversement implicite certes, mais lui offrant une marge de manœuvre nouvelle dans l'appréciation des exigences impératives avancées par les Etats membres.

« Grâce » à ce revirement, la Cour pouvait dorénavant considérer à peu près toutes les réglementations commerciales ayant un impact sur la libre circulation comme des entraves contraires à l'article 28, souvent sans fournir d'autre motivation, pour se concentrer exclusivement sur les justifications potentielles de ces entraves, que ce soit au titre des exigences impératives ou des motifs de l'article 30. Mais cette pratique portait elle-même en germe un autre danger : qualifier de mesures d'effet équivalent des réglementations nationales qui, peut être, auraient dû échapper à cette

²⁶⁶ ... Pour autant que celui-ci ait été conscient !

qualification ... et qui auraient pu le faire si les exigences impératives avaient continué à être examinées *avant* que la Cour ne procède à cette qualification comme elle le faisait en appliquant sa jurisprudence *Cassis de Dijon*. Ce danger se confirma assez rapidement obligeant la Cour à juger dans l'arrêt *Keck* (point 16) en 1993 que « *contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici ...* » (voy. *infra*).

§ 2 - Services : vers une interdiction des entraves ?

I – L'arrêt *Commission c. Allemagne* (« coassurances »)

La Commission attaquait l'Allemagne pour manquement aux articles 49 et 50 du traité au motif que la réglementation allemande soumettait à l'obligation d'établissement et d'agrément les entreprises d'assurance désireuses de fournir en Allemagne, notamment par des représentants, des prestations d'assurance directe, interdisait aux intermédiaires d'assurance établis en Allemagne de proposer à des résidents des contrats d'assurance avec des assureurs établis dans un autre Etat membre et prescrivait pour la coassurance communautaire que l'apériteur, dans le cas de risques localisés en Allemagne, doit y être établi et y être autorisé à y couvrir également seul les risques assurés. L'arrêt fut rendu par la Cour en formation plénière (*grand plénum* – 9 juges)

L'avocat général Slynn adopte un raisonnement différent de celui tenu dans ses conclusions dans l'affaire *Pétillant de raisins*. Il n'examine pas la question de savoir si la réglementation allemande est discriminatoire ou crée une restriction à la libre prestation des services. Il se contente d'analyser la pertinence des motifs invoqués par les autorités allemandes au soutien de leur réglementation. Il conclut que ces motifs ne sont pas pertinents et propose donc à la Cour de constater que l'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent au titre des articles 49 et 50.

Tout le raisonnement de la Cour est quant à lui conditionné par l'affirmation initiale (point 25) que les articles 49 et 50 exigent l'*élimination* non seulement de toutes *discriminations* à l'encontre du prestataire en raison de sa *nationalité*, mais également de toutes *restrictions* à la libre prestation des services imposées en raison de la circonstance qu'il est *établi* dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie. La Cour rappelle ensuite (points 26 et 27) sa jurisprudence *Webb* selon laquelle l'octroi du traitement national n'implique pas que toute législation nationale applicable dans l'Etat membre d'accueil puisse être étendue au prestataire établi dans un autre Etat membre, mais que, compte tenu de la nature particulière de certains services, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées au prestataire, motivées par l'application de règles régissant le type d'activité en cause.

Après ces rappels, la Cour constate (point 28) que la réglementation litigieuse constitue une *restriction* à la libre prestation des services en ce qu'elle rend celle-ci plus *onéreuse* dans l'Etat destinataire. Elle conclut (point 29) que la réglementation ne peut être considérée comme compatible

avec les articles 49 et 50 que s'il est établi qu'il existe des raisons impérieuses justifiant ces restrictions. Après examen, certaines seront acceptées, d'autres refusées.

II – Caractère réellement novateur du raisonnement ?

La formulation des exigences qu'impose la libre prestation des services s'écarte sensiblement de celle retenue dans tous ses arrêts antérieurs depuis l'arrêt initial, *van Binsbergen*, en 1974²⁶⁷ et semble affirmer que l'article 49 distingue entre l'élimination des discriminations fondées sur la nationalité et la suppression des restrictions liées à l'établissement du prestataire. Pareille distinction n'apparaît pas dans le traité²⁶⁸, lequel met sur le même pied *nationalité* et *établissement* du prestataire²⁶⁹. L'ajout d'une référence à *l'établissement* était nécessaire compte tenu du fait que, par définition, un prestataire reste établi dans l'Etat d'origine lorsqu'il preste un service.

La Cour se voulait-elle à cet égard novatrice ? C'est difficile à dire²⁷⁰. Les paragraphes suivants de son arrêt semblent montrer qu'elle se situait dans un contexte de détermination de la portée de l'octroi du traitement national, et donc de discrimination²⁷¹. Pourtant, elle finit par conclure que les conditions imposées par la réglementation allemande ne seront compatibles avec l'article 49 que si elles sont justifiées par des raisons impérieuses. Un tel langage, assez similaire à celui de l'arrêt *Cassis de Dijon*,

²⁶⁷ « Attendu que les restrictions dont l'élimination est prévue par les articles [49] et [50] comprennent toutes exigences, imposées au prestataire en raison notamment de sa nationalité ou de la circonstance qu'il ne possède pas de résidence permanente dans l'Etat où la prestation est fournie, non applicables aux personnes établies sur le territoire national ou de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire » (point 10) ; voy., pour une affirmation identique, l'arrêt *Coenen* (point 6). La formulation des arrêts *van Wesemael* (point 27) et *Webb* (point 14) est encore plus différente en ce sens qu'elle ne traite expressément que de la seule discrimination : l'article 59 exige « l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie ».

²⁶⁸ Le Programme pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services de 1962, qui donne un éclairage intéressant sur la portée des dispositions du traité, indique clairement que n'étaient prohibées que les discriminations, fondées sur la nationalité ou l'établissement du prestataire.

²⁶⁹ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, OUP, 2004, p. 347 fait le même constat. Voy. également R. Hernu, p. 323.

²⁷⁰ Il est intéressant de noter que dans l'aff. *Bond van Adverteerders* de 1988, l'avocat général Mancini ne verra explicitement dans la formulation utilisée dans les arrêts *coassurance* qu'une interdiction de discrimination (point 10). En doctrine, C.J. Berr et H. Groutel, « Droit européen des assurances : Liberté de prestation de services et coassurances », *R.T.D.E.*, 1987, pp. 83 et 90, et J. Steenbergen, « La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance », *C.D.E.*, 1987, pp. 542 et 548, semblent plutôt ne voir dans cet arrêt qu'une application conforme de la jurisprudence antérieure (*Webb*), alors que D. Edward, « Establishment and Services : An Analysis of the Insurance Cases », *E.L.Rev.*, 1987, pp. 231 et 246, semble plutôt considérer que par cet arrêt la Cour de justice a reconnu que le secteur des assurances « appelle un traitement spécial ». J. Snell, p. 59 note la légère variation dans la formulation utilisée, mais estime que la Cour raisonnait toujours dans le seul contexte de la discrimination et n'entendait pas interdire les restrictions.

²⁷¹ M. Poiarses Maduro (p. 51) se prononce dans le même sens. Il observe toutefois qu'à partir de cet arrêt la Cour a utilisé de plus en plus souvent et de manière de plus en plus appuyée un test de proportionnalité pour juger du caractère compatible, c'est-à-dire non discriminatoire, des mesures nationales. Voy. également E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter* : towards a (non)-economic European Constitution », *CMLRev.*, 2004, pp. 743 et 746, texte sous note (5).

laisserait cependant plutôt penser que l'on n'est plus dans un contexte d'interdiction des seules discriminations.

Peut-on dès lors considérer que cet arrêt est réellement novateur ? Sur le plan de la formulation, c'est indiscutable. Sur le plan du raisonnement, c'est un peu plus compliqué²⁷², la Cour passant d'un examen d'une discrimination à l'analyse d'une restriction. En toute hypothèse, la Cour ne retiendra de cet arrêt que la formulation nouvelle des exigences imposées par les articles 49 et 50 lorsque, en 1991 dans ses arrêts *Guides touristiques*²⁷³ et puis *Säger*, elle cherchera à établir, définitivement, que ces dispositions vont au-delà de l'interdiction des seules discriminations. Cela ne l'empêchera pourtant pas de revenir dans plusieurs arrêts ultérieurs²⁷⁴ à sa formulation des arrêts *van Wesemael* et *Webb* (est interdite la *discrimination* fondée sur l'établissement), refusant ainsi d'examiner les raisons impérieuses qui lui étaient présentées au soutien de la discrimination constatée... .

Comme à propos de l'arrêt *Pétillant de raisins*, il paraît difficile d'expliquer, de manière certaine²⁷⁵, la motivation se cachant derrière la formulation de l'arrêt *coassurance*. Il est toutefois également permis d'avancer que l'explication suivante pourrait avoir influencé la Cour.

Il est tout d'abord indéniable que cette affaire était la plus complexe que la Cour ait eu à affronter jusqu'alors dans le domaine de la libre prestation des services. Celle aux conséquences financières les plus importantes. Et dans un domaine, celui des assurances, où les Etats membres s'étaient toujours montrés très sourcilleux de leurs prérogatives²⁷⁶. Ensuite, il ressort de l'arrêt que la Cour était sensible aux arguments des Etats membres, puisqu'elle admet que la nécessité d'obtenir un agrément dans l'Etat membre d'accueil peut, dans certaines circonstances, être justifiée par une raison impérieuse. Il n'empêche qu'il pourrait être argué que ces arguments des Etats membres auraient pu être pris en considération de la même manière dans le cadre d'un respect strict du principe de non-discrimination, par le biais de la jurisprudence *van Wesemael - Webb*, que la Cour d'ailleurs cite elle-même²⁷⁷. En

²⁷² Le recours à la formule « suppression des restrictions » ne l'empêche pas d'adopter un raisonnement fondé sur le caractère discriminatoire de la réglementation du pays d'accueil qui aboutit à rendre « plus onéreuse » la prestation de l'entreprise établie dans un autre Etat membre. *Comp.* S. Robin-Olivier (p. 225), selon laquelle le glissement de la notion de discrimination vers celle d'entrave ne constituerait qu'une évolution d'ordre terminologique.

²⁷³ Voy. arrêt *Commission c. France* (C-154/89), point 12.

²⁷⁴ Voy les arrêts *Commission c. Italie* (« marchés publics 2 » - C-360/89), point 7 et *Svensson*, points 12 et 15.

²⁷⁵ Car comme le note W.H. Roth, « The European Court ... », p. 5, la Cour ne fournit aucune explication sur ce glissement vers la notion de restriction.

²⁷⁶ Certains passages de l'arrêt font écho au sentiment que la Cour était consciente de l'ampleur des conséquences de son arrêt : « l'assurance est devenue un phénomène de masse (...) à tel point que la sauvegarde des intérêts des assurés et des tiers lésés touche pratiquement toute la population » (point 31) ; « ces caractéristiques particulières, propres au secteur de l'assurance, ont conduit tous les Etats membres à introduire des législations soumettant les entreprises d'assurances à des règles impératives » (point 32).

²⁷⁷ Compte tenu de la nature particulière de certaines prestations, un Etat membre peut soumettre le prestataire établi dans un autre Etat membre au « même traitement » que le prestataire établi dans l'Etat membre d'accueil

revanche, l'autre condition imposée par l'Allemagne, à savoir l'exigence d'un établissement ne pouvait, elle, être abordée dans le cadre de la jurisprudence *van Wesemael – Webb*. Comme la Cour le reconnaît (point 52), une telle exigence constitue la négation même de la libre prestation des services. En revanche, en présentant cette exigence comme une « restriction » à la libre prestation des services, la Cour se mettait dans la possibilité d'examiner toute raison impérieuse avancée au soutien de cette exigence. Il convient en définitive d'admettre que les raisons ayant poussé la Cour à ce début de revirement sont plus difficiles à mettre en lumière que celles qui semblent l'avoir guidée en matière de libre circulation des marchandises dans l'arrêt *Pétillant de raisins* rendu le même jour.

Section 2 – De la discrimination à l'entrave dans la libre circulation, les années charnières (1987 – 1993)

La période 1986-1993 est jalonnée d'arrêts qui sont autant d'écarts par rapport à l'« âge d'or » de la jurisprudence des années septante. *Bachmann*, *Kraus* et *Keck*, trois arrêts dans lesquels la Cour semble renier les principes qu'elle-même avait patiemment construits pendant plus de 15 ans. Cette période caractérisée par une perte des repères anciens est aussi celle de l'avènement des « raisons impérieuses ». Celles-ci deviennent incontournables et sont l'élément central du raisonnement de la Cour sur le concept de discrimination ou d'entrave à la libre circulation. Le constat de cette « forte oscillation » du balancier n'est pas que théorique. Elle a des conséquences pratiques énormes. A cet égard, et contrairement à ce qui est généralement enseigné, il paraît permis de penser que depuis le 4 décembre 1986, ce sont, assez souvent, les intérêts, légitimes... ou non, des Etats membres qui ont le plus souvent été pris en compte, au détriment de la lettre du traité et parfois des droits des personnes ou produits exerçant leur droit à la libre circulation²⁷⁸. Cette période est donc forcément celle des premières interrogations sur le devenir de la jurisprudence de la Cour de justice.

L'évolution ne s'est toutefois pas faite de manière concomitante dans toutes les libertés. Elle ne s'est pas non plus manifestée partout avec la même vigueur. Ainsi, si dans la libre circulation des marchandises la jurisprudence semble avoir hésité entre l'application de la jurisprudence *Cassis de Dijon* et celle de *Pétillant de raisins* (§ 1), ces années ont vu le basculement définitif de la libre prestation des services vers l'interdiction des entraves et non plus des seules discriminations (§ 2). Dans la libre circulation des travailleurs, cette période est traversée par des arrêts illustrant les mêmes tentations et les mêmes dérives que celles ayant marqué la période entre 1979 et 1986 dans la libre

et donc, en définitive, lui imposer de respecter sa législation *en plus* de celle de l'Etat membre où il est établi, pour autant que soient remplies certaines conditions.

²⁷⁸ Ainsi, dans *Bachmann* et *Kraus*, la Cour validera deux législations nationales clairement contraires à l'article 39 CE si sa jurisprudence traditionnelle avait été appliquée.

prestation des services (§ 3). Les arrêts *Bachman*, *Kraus* et *Keck* consacreront la rupture définitive, dans l'ensemble des libertés, avec la jurisprudence traditionnelle (§ 4).

§ 1 – Marchandises : le mystère non résolu de la raison impérative

La jurisprudence *Cassis de Dijon* constituait un premier coup de canif à une interprétation littérale du traité, en introduisant le concept d'exigence impérative. La jurisprudence *Pétillant de raisins* accentuait la distanciation à l'égard du traité en élevant les exigences impératives au rang de causes de justification de mesures d'effet équivalent non expressément prévues par le traité. Un examen de la jurisprudence des années 1987-1991²⁷⁹ illustre la difficulté de déterminer la nature et le rôle de l'exigence impérative

La jurisprudence de la Cour sur cette question est à ce point fluctuante qu'il est parfois difficile de déterminer si elle a entendu appliquer sa jurisprudence *Cassis de Dijon* ou l'arrêt *Pétillant de raisins*²⁸⁰. L'essai de classification proposé ci-dessous s'appuie sur la formulation de l'arrêt, mais il n'est pas sûr que celle-ci soit nécessairement représentative du raisonnement réellement tenu.

Certains arrêts appliquent l'arrêt *Pétillant de raisins*, c'est-à-dire dans que la Cour constate *d'abord* l'existence d'une mesure d'effet équivalent et vérifie *ensuite* si celle-ci peut être justifiée par une raison impérative²⁸¹ et/ou un motif tiré de l'article 30 en examinant en premier lieu le motif de l'article 30²⁸².

Certains arrêts semblent être à mi-chemin entre les arrêts *Cassis de Dijon* et *Pétillant de raisins* en ce sens que la Cour constate *d'abord* que la réglementation nationale entraîne (ou peut entraîner) un obstacle aux importations, mais sans constater qu'elle constitue de ce fait une mesure d'effet équivalent. Ayant établi le caractère indistinctement applicable de cette réglementation, elle vérifie *ensuite* si elle peut être justifiée par un but d'intérêt général de l'article 30 ou une exigence impérative. Ce n'est qu'à l'issue de cet examen qu'elle conclut formellement à l'existence d'une mesure d'effet équivalent. Dans ces arrêts, l'article 30 semble donc être utilisé comme une exigence impérative au sens de l'arrêt *Cassis de Dijon* permettant à la réglementation nationale d'échapper à l'article 28²⁸³. Dans la même catégorie, il

²⁷⁹ Et au-delà jusque en 1993, date de l'arrêt *Keck*.

²⁸⁰ Ainsi l'arrêt *Nespoli et Crippa*, voy. la rédaction des points 14, 16, 17 et 20.

²⁸¹ Arrêts *Commission c. Italie* (« fromages » - C-210/89), points 9 et 16 ; *Commission c. Italie* (« huile de sésame » - C-67/88), points 3 et 6.

²⁸² Arrêts *Smanor*, points 14, 15, 17 et 18 et *Wurmser*, points 9 et 11.

²⁸³ Arrêts *Commission c. Grèce*, (« bière » - 176/84), points 26 et 27 ; *Commission c. France*, (« succédanés de lait » - 216/84), point 7 ; *Commission c. Allemagne*, (« succédanés de lait » - 76/86), point 13 ; *SARPP*, point 31 ; *Wurmser*, points 9 à 11 et *Delattre*, points 51 et 52.

y a ceux dans lesquels la Cour examine en outre d'abord les buts d'intérêt général de l'article 30 puis seulement les exigences impératives de l'article 28²⁸⁴.

D'autres arrêts semblent appliquer l'arrêt *Cassis de Dijon*²⁸⁵, c'est-à-dire que la Cour vérifie que les limitations apportées aux échanges intracommunautaires par la réglementation nationale en cause pour satisfaire l'exigence impérative invoquée ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et permettent donc à cette réglementation d'échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent.

D'autres arrêts encore tombent dans la même catégorie, mais presque par hasard tant la formulation laisse songeur. La Cour utilise des formules empruntées à *Dassonville* (« est susceptible d'entraver », « est de nature à entraver »), mais ne constate pas explicitement que les règles nationales incriminées sont des mesures d'effet équivalent. Ensuite, elle examine les raisons impérieuses invoquées pour vérifier si ces mesures sont effectivement prohibées par l'article 28²⁸⁶.

Enfin certains arrêts semblent faire une application stricte de la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*, la Cour examinant en outre si la mesure d'effet équivalent, dont elle a constaté l'existence après avoir rejeté les raisons impératives susceptibles de faire échapper la mesure nationale à l'interdiction de l'article 28, peut être justifiée par l'article 30²⁸⁷.

Cet essai de classification prend pour base le raisonnement de la Cour tel qu'il transparaît dans la rédaction des arrêts. On peut cependant parfois s'interroger sur la réelle adéquation entre les deux. Ainsi, l'arrêt *Yves Rocher*, qui sera rendu en 1993, est assez révélateur à cet égard. Dans cet arrêt, la Cour constate explicitement que la mesure incriminée constitue une mesure d'effet équivalent. Se fondant sur l'arrêt *GB-INNO-BM*, elle vérifie ensuite si une exigence impérative peut justifier cette mesure d'effet équivalent. Or, la rédaction de l'arrêt *GB* laisse au contraire penser que dans cette affaire l'examen de l'exigence impérative est préalable à la qualification de la réglementation comme mesure d'effet équivalent.

Au-delà de cette classification hasardeuse, deux arrêts paraissent illustrer assez bien l'évolution de l'attitude de la Cour après l'arrêt *Pétillant de raisins*. Dans l'arrêt *RTT*, la Cour semble appliquer la jurisprudence *Cassis de Dijon*, mais elle qualifie les exigences impératives d'« exceptions » au principe de la libre circulation. Or, le traité ne prévoit comme exceptions aux mesures d'effet équivalent que les

²⁸⁴ Arrêts 3 *Glocken*, points 11, 12 et 15 ; *Zoni, Rec.*, 1988, p. 4285, points 11, 12 et 15 et *Commission c. Allemagne*, (« viande » - 274/87), points 5, 6 et 12.

²⁸⁵ Arrêts *Commission c. Danemark*, (« emballages » - 302/86) ; *Deserbais* ; *Buet et RTT/GB-Inno-BM*.

²⁸⁶ Arrêts *Commission c. Allemagne*, (« bière ») ; *Bonfait et Pall c. Dahlausen*.

²⁸⁷ Arrêt *Boscher*, points 16, 21 et 22 ; voy. également arrêt *GB-INNO-BM*, points 19 et 20.

seuls motifs de l'article 30²⁸⁸ et la Cour a jugé à plusieurs reprises que celui-ci ne s'étend pas aux raisons impérieuses données par l'arrêt *Cassis de Dijon*. Dans l'affaire *Aragonesa*, elle constate que la protection de la santé publique relevant de l'article 30, il est inutile de rechercher si elle pourrait également présenter le caractère d'une exigence impérative. Elle attribue ainsi à l'article 30 et aux exigences impératives un rôle unique que ne reconnaît ni le traité ni la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*.

Durant cette période, comme durant la période 1979-1986, la Cour va accepter d'examiner des exigences impératives avancées au soutien de mesures créant, de manière parfois patente, des discriminations déguisées au détriment des produits importés. Dans la pratique, la Cour ne se livre pas d'elle-même à un examen du caractère réellement indistinctement applicable de la mesure incriminée, soit qu'elle ne remette pas en cause les affirmations formulées par la juridiction nationale dans ses questions²⁸⁹, soit qu'aucune observation discordante ne soit produite par les parties intervenantes. Ce n'est que lorsqu'il y a divergence entre les thèses en présence²⁹⁰ ou lorsqu'elle entend réfuter la position de la Commission²⁹¹ qu'elle procède à cet examen. Dans l'affaire *Du Pont de Nemours Italiana*, son avocat général Lenz (point 25) lui avait pourtant utilement rappelé que des « *dispositions qui s'appliquent sans distinction aux produits nationaux et importés peuvent également constituer des mesures d'effet équivalent, dans la mesure où, en fait, elles concernent spécifiquement les produits importés et en rendent la commercialisation plus difficile, voire impossible* ». De telles mesures faussement indistinctement applicables étaient certainement en cause dans les affaires *bière* ou *pâte*. Cela n'a pas empêché la Cour d'examiner les exigences impératives présentées par les Etats membres concernés.

La nature et le rôle de l'exigence impérative ont évolué depuis leur première mention dans l'arrêt *Cassis de Dijon*. Indépendamment d'une rédaction parfois erratique des arrêts rendus durant la période 1986-1991, on peut essayer de cerner la nature et le rôle de l'exigence impérative dans la libre circulation des marchandises avant l'arrêt *Keck*. Cet exercice permet également d'essayer d'appréhender la notion de mesure indistinctement applicable dans ce domaine, celle-ci étant la seule à pouvoir être justifiée par une exigence impérative. La question présente un intérêt réel dans la mesure où elle est toujours d'actualité dans les autres libertés de circulation, comme l'a remarquablement exposé l'avocat général Tesauo dans les affaires *Kohll* et *Decker* (points 48 et svts)²⁹².

La situation peut être résumée de la manière suivante :

²⁸⁸ La Cour utilisera d'ailleurs plus tard la même formule lorsqu'elle évoquera les motifs de l'article 30, voy. l'arrêt *Van der Veldt*, point 15.

²⁸⁹ Comme par exemple dans l'arrêt *Zoni*, point 6.

²⁹⁰ Dans l'arrêt *Aragonesa*, par exemple.

²⁹¹ Arrêt *Pall c. Dahlausen*.

²⁹² Et plusieurs autres avocats généraux à sa suite, voy. texte sous note (xx)

- 1° - La Cour admet qu'une mesure qui rend plus difficile la commercialisation des produits importés est discriminatoire, même si elle est formellement indistinctement applicable.
- Toutefois, elle n'examine le caractère réellement indistinctement applicable de la mesure incriminée que si les parties le lui demandent ou ne sont pas d'accord à ce sujet. Il est surprenant de constater qu'une telle situation se présente rarement. Il semble acquis pour tous, parties au litige, Etats membres et Commission, que la question ne revêt que peu d'importance, sauf exception.
 - La Cour considère donc que, sauf si elle est ouvertement discriminatoire, une mesure doit être présumée indistinctement applicable.
- 2° - Depuis *Pétillant de raisins*, tant la forme que le fond du raisonnement de la Cour indiquent que l'examen de l'exigence impérative est généralement postérieur à la constatation que la mesure nationale litigieuse constitue une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28.
- Une exigence impérative sert donc à justifier une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28.
 - Une exigence impérative ne se distingue des motifs d'intérêt général de l'article 30 que dans la mesure où elle ne peut être invoquée au soutien d'une mesure formellement discriminatoire²⁹³ ou constatée comme ayant un tel effet par la Cour, constat qui n'est jamais pratiqué d'office.

§ 2 – Services : glissement définitif de la discrimination à l'entrave ?

De façon nette – et définitive – la Cour va, dans deux séries d'arrêts de 1991, opérer une « relecture » de sa jurisprudence *van Wesemael-Webb* pour affirmer l'idée que les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services prohibent non seulement les *discriminations* fondées sur la nationalité, mais aussi les *restrictions* fondées sur le lieu d'établissement du prestataire.

I – Les arrêts *guides touristiques*

La première série d'arrêts est celle consacrée à la libre prestation des services des *guides touristiques*²⁹⁴. La Commission reprochait à la France, l'Italie et la Grèce de subordonner la prestation de services des guides touristiques voyageant avec un groupe de touristes en provenance d'un autre Etat membre, lorsque cette prestation consiste à guider ces touristes dans certains lieux, à la possession d'une carte professionnelle ou d'une licence, laquelle suppose l'acquisition d'une qualification déterminée à établir en règle générale par la réussite d'un examen.

²⁹³ Il faut toutefois mentionner que dans un cas isolé, l'arrêt *Commission c. Belgique* (« déchets » - C-2/90), la Cour considéra (point 34), à propos d'une réglementation belge dont le caractère discriminatoire était flagrant, que « pour apprécier le caractère discriminatoire ou non de l'entrave en cause, il faut tenir compte de la particularité des déchets ». Cet arrêt est certainement, comme le dit P. Oliver, *Free movement ...*, p. 113, le cas le plus frappant du raisonnement « tiré par les cheveux, voire exotique » auquel la Cour dût parfois avoir recours pour justifier le caractère indistinctement applicable d'une réglementation. Sans le dire explicitement, la Cour appliquera à nouveau ce raisonnement en 2001 dans *Preussen Elektra*.

²⁹⁴ Arrêts *Commission c. France* (C-154/89) ; *Commission c. Italie* (C-180/89) et *Commission c. Grèce* (C-198/89). Arrêts rendus par la Cour en formation plénière (*grand plénum* – 9 juges).

La Cour débute (point 12) son raisonnement en rappelant le champ d'application de l'article 49 selon sa formulée innovée dans l'arrêt *coassurance* (interdiction des discriminations fondées sur la nationalité et suppression des restrictions fondées sur le lieu d'établissement). Mais elle poursuit (point 14) en tenant un raisonnement identique à celui tenu - dans un contexte strict d'interdiction des discriminations - dans la jurisprudence *van Wesemael-Webb* selon laquelle, compte tenu des exigences propres à certaines prestations, le fait pour un Etat membre de subordonner celles-ci à des conditions particulières ne saurait être considéré comme incompatible avec les articles 49 et 50. Comme dans la jurisprudence *van Wesemael-Webb*, elle poursuit en déclarant que ces conditions particulières ne peuvent être imposées que si elles satisfont à certaines exigences. Là où son raisonnement rompt définitivement avec cette dernière jurisprudence, c'est lorsqu'elle conclut de cet examen qu'il « s'ensuit » que ces exigences ne seront admises que si elles sont justifiées par des « raisons impérieuses liées à l'intérêt général » dans le domaine d'activité en cause. La Cour peut alors, sur base de cette première conclusion, se lancer dans l'analyse des multiples raisons impérieuses invoquées par les Etats membres au soutien des exigences posées par leur législation. Raisons impérieuses qui seront rejetées.

II – Les arrêts *Gouda*, *Commission c. Pays-Bas* et *Säger*

Cette seconde série d'arrêts²⁹⁵ s'écarte encore plus radicalement de la jurisprudence *van Wesemael-Webb* tout en employant un langage ambigu et face à une situation dont de nombreux aspects étaient clairement discriminatoires (dans le cas des affaires néerlandaises en tout cas).

Dans les affaires *Gouda* et *Commission c. Pays-Bas* (« mediawet » - C-353/89), rendues le même jour, étaient en cause les conditions mises à la transmission par câble de programmes émanant d'autres Etats membres lorsque ces programmes contiennent de la publicité destinée en particulier au public néerlandais. Dans la seconde affaire, la Commission critiquait également l'obligation faite aux organismes néerlandais de radiodiffusion établis aux Pays-Bas de faire réaliser tout ou partie de leurs programmes par une entreprise néerlandaise. Cette seconde obligation était manifestement discriminatoire ; en revanche l'appréciation des premières conditions était plus complexe. Dans l'affaire *Säger*, une entreprise britannique en conseils de brevets se voyait interdire la possibilité de fournir ses services en Allemagne à défaut de pouvoir obtenir une autorisation pour ce faire. D'après les informations fournies à la Cour, une telle interdiction valait également pour les entreprises allemandes, les services contestés ne pouvant être fournis que par des conseils en brevets agissant à titre individuel.

²⁹⁵ Arrêts rendus par la Cour en formation plénière (*grand plénum* – 11 juges) pour les affaires néerlandaises et par une chambre à 5 juges pour l'affaire *Säger*.

1) La formulation, révélateur du glissement dans le raisonnement

Dans les affaires néerlandaises, la Cour commence tout d'abord par expliquer, de manière théorique, le champ d'application de l'article 49. Son raisonnement est divisé en deux étapes. Elle déclare, d'abord, (point 10) que *« l'article [49] du traité implique, en premier lieu, l'élimination de toute discrimination exercée à l'encontre du prestataire, en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être exécutée »* et affirme ensuite (point 12) qu'*« en l'absence d'harmonisation des règles applicables aux services, voire un régime d'équivalence, des entraves à la liberté garantie par le traité dans ce domaine peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre Etat membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet Etat »*.

Dans l'arrêt *Säger*, la Cour affirme (point 12) que *« l'article [49] du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues »*.

Dans l'arrêt *Gouda*, la Cour fonde sa première affirmation sur les arrêts *guides touristiques*. Or ces derniers évoquent l'élimination des discriminations fondées sur la nationalité, mais la suppression des restrictions en raison du lieu d'établissement du prestataire. Dans l'arrêt *Säger*, elle distingue certes l'élimination des discriminations fondées sur la nationalité de la suppression des restrictions en raison du lieu d'établissement du prestataire. Toutefois, la « définition » qu'elle donne des entraves non discriminatoires correspond en réalité à ce que le Programme général de 1961 et sa jurisprudence antérieure qualifiaient de discriminations déguisées !

Dans l'affaire *Commission c. Pays-Bas*, la Commission et l'avocat général Tesauro (point 6 de ses conclusions) étaient d'accord pour considérer que la disposition empêchant les entreprises des autres Etats membres de fournir des services en ce qui concerne la réalisation de programmes radiophoniques était discriminatoire, dans la mesure où elle favorisait une entreprise nationale, même si les autres entreprises nationales étaient également discriminées. A l'inverse, la Cour ne constate pas ce caractère discriminatoire et préfère déclarer que cette disposition « conduit à une restriction » (point 22), bien qu'elle reconnaisse qu'elle « comporte un effet protecteur » en faveur d'une seule entreprise nationale et « défavorise » dans la même mesure les entreprises des autres Etats membres (point 23). Sur ce point, il eût donc été possible de parler de discrimination déguisée. En revanche, la qualification

comme discrimination déguisée ou comme entrave des conditions imposées pour la diffusion de messages publicitaires était plus délicate. Sur le plan formel, ces conditions²⁹⁶ étaient indistinctement applicables. Mais comme le soutenaient la Commission et l'avocat général, celles qui concernaient les émetteurs se révélaient, en raison de leur nature même, discriminatoires en fait (point 15 des conclusions). Dans la mesure où aucun autre Etat membre n'avait un système de radiotélévision analogue à celui des Pays-Bas, il s'ensuivait que les émetteurs étrangers ne pouvaient se trouver dans une situation identique à celle des émetteurs néerlandais. Or, en traitant de manière identique des situations différentes, la législation néerlandaise pouvait être vue comme créant une discrimination.

Le résultat auquel parvient la Cour dans l'affaire *Säger* est quelque peu paradoxal. Il semble ressortir des faits que la législation allemande prohibait de manière absolue un mode particulier (sous forme de société) de fourniture d'un service spécifique (de conseils en brevets) ; elle aboutissait donc à une véritable interdiction non discriminatoire d'user de l'article 49. Mais la définition théorique que la Cour donne du champ d'application de l'article 49 (point 12) est en réalité caractéristique du concept de discrimination déguisée et le raisonnement qu'elle suit (points 13 et 15) ne se démarque pas de celui adopté dans les années quatre-vingt à propos de telles discriminations. Et pourtant elle ne conclut pas à l'existence d'une discrimination, mais juge que la législation allemande crée une restriction.

2) Nature et rôle de la raison impérieuse

Dans l'arrêt *Commission c. Pays-Bas*, il est indiscutable que la Cour examine la possibilité de justifier une discrimination déguisée²⁹⁷. Le caractère discriminatoire de la réglementation litigieuse dans l'affaire *Säger* était plus difficile à établir. Il n'en demeure pas moins que l'examen des raisons impérieuses est postérieur, et non antérieur, à la qualification de cette réglementation comme restriction contraire à l'article 49.

Il n'est pas contesté que l'apparition du concept de raison impérieuse dans la libre prestation des services est due à la similitude de jurisprudence que la Cour a voulu établir entre cette liberté et la libre circulation des marchandises. Mais les jurisprudences initiales sur les deux libertés ayant été très différentes – condamnation des seules discriminations dans l'article 49, interdiction des entraves dans l'article 28, la raison impérieuse ayant joué très tôt un rôle dans l'article 28, mais n'en ayant joué aucun pendant très longtemps dans l'article 49, son rôle ayant lui-même évolué au fil de la jurisprudence dans l'article 28 - il était évident que la notion de raison impérieuse dans l'article 49

²⁹⁶ Production par une personne morale distincte de l'émetteur, que ces messages soient clairement identifiés comme tels, qu'ils ne soient pas diffusés le dimanche, ... Voy. le point 10 des conclusions de l'avocat général.

²⁹⁷ Consistant à accorder un régime préférentiel à une seule entreprise néerlandaise en matière de réalisation de certains programmes.

allait se trouver confrontée au début des années nonante à un sérieux problème d'identité. Problème amplifié par le fait que la suprématie du concept *d'entrave*, consacrée dans les arrêts *Gouda* et *Säger*, et justifiant le rôle croissant de la notion de raison impérieuse, s'est greffée sur un contexte général dans lequel le concept de discrimination jouait encore un rôle certain, hérité de « l'âge d'or » de la jurisprudence. La « crise d'identité » de la raison impérieuse dans l'article 49 à cette époque pourrait être résumée de la manière suivante :

1° – Dans les années septante et au début des années quatre-vingt, n'étaient prohibées que les seules discriminations, directes et indirectes, c'est-à-dire découlant d'une mesure formellement indistinctement applicable, mais défavorisant essentiellement le prestataire d'un autre Etat membre. Conformément à la jurisprudence relative à l'article 39, à laquelle celle portant sur l'article 49 était rattachée, ces discriminations ne pouvaient être justifiées que par un des motifs expressément prévus par l'article 46 du traité.

- Compte tenu du caractère particulier de certaines prestations, la jurisprudence *van Wesemael-Webb* a admis que le prestataire de services puisse être soumis à une double obligation, sans que celle-ci soit a priori discriminatoire, pour autant que soient respectées certaines conditions. Si tel n'était pas le cas, la mesure nationale formellement indistinctement applicable était jugée *indirectement* discriminatoire et ne pouvait toujours être justifiée que par l'article 46 (bien que l'arrêt *Seco* ait implicitement admis le contraire)

2° - Dans la jurisprudence *coassurance*, la discrimination indirecte découlant de l'application d'une mesure formellement indistinctement applicable, mais défavorisant le prestataire établi dans un autre Etat membre, est qualifiée de restriction ou d'entrave. Celle-ci n'est compatible avec l'article 49 que si elle peut être justifiée par une raison impérieuse.

- Dans l'arrêt *Commission c. Pays-Bas*, la Cour suit, formellement, le même raisonnement que dans les affaires *coassurance*. En revanche, dans l'affaire *Gouda*, la Cour constate formellement l'existence d'une restriction visée par l'article 49 (« sur l'existence de restrictions à la libre prestation des services »), et, ensuite, se prononce sur les causes de justification éventuelles (« sur la possibilité de justifier ces restrictions »). Les arrêts *Gouda* et *Commission c. Pays-Bas* ayant été rendus le même jour par les mêmes juges, avec le même juge rapporteur (M. Joliet), et portant sur les mêmes questions de fait et de droit, il est impossible que la Cour ait voulu distinguer les raisonnements tenus dans ses deux arrêts. Faut-il y voir une caricature, extrême, des propos tenus deux ans plus tard par le juge Joliet²⁹⁸, à propos de l'examen des raisons impérieuses dans la libre circulation des marchandises, selon lequel la question de savoir si cet examen doit avoir lieu avant ou après la constatation de l'existence d'une mesure d'effet équivalent ne revêt aucun intérêt ?

²⁹⁸ « La libre circulation des marchandises ... », p.146.

- A la lecture de ces trois arrêts, on peut donc penser que, contrairement à la situation à la même époque dans la libre circulation des marchandises, l'examen de la raison impérieuse peut être antérieur ou postérieur à la constatation d'une entrave (réelle entrave non discriminatoire ou mesure formellement indistinctement applicable constituant une discrimination indirecte) contraire à l'article 49. Ce qui laisse évidemment perplexe quant à sa nature et à son rôle réels.

3° - Cette jurisprudence n'est toutefois compatible ni avec les affirmations de l'arrêt *Bond van Adverteerders* de 1988 ni surtout avec celles de l'arrêt *ERT* rendu un mois seulement plus tôt par la Cour en formation plénière (*grand plénum* – 9 juges) ! Dans ce dernier arrêt, la Cour jugea en effet que la mesure grecque en cause, formellement indistinctement applicable (voy. points 20 et 22), avait des *effets* discriminatoires à l'encontre d'émissions provenant des autres Etats membres. Elle estima en conséquence qu'elle ne pouvait être justifiée, le cas échéant, que par l'article 46.

- Il semble donc qu'à cette époque la nature et le rôle de la raison impérieuse étaient encore très flous et ambigus.

§ 3 – Travailleurs : les premières dérives

Après les arrêts du 4 décembre 1986, on se trouvait en présence d'une situation quelque peu délicate lorsqu'il s'agissait de définir le champ d'application matériel de la liberté de circulation des personnes, envisagée par les articles 39 à 55. D'une part, la Cour semblait de plus en plus encline à interpréter la libre prestation des services en « copiant » sa jurisprudence sur la libre circulation des marchandises²⁹⁹, ce qui incluait un glissement accéléré vers la notion de *restriction* et l'importance toujours plus grande des *raisons impérieuses d'intérêt général*. D'autre part, la jurisprudence relative à la libre circulation des travailleurs et au droit d'établissement restait immuablement confinée à l'interdiction des discriminations et ignorait le concept de raison impérieuse. Pareille situation renversait de manière saisissante l'affirmation de la Cour dans l'arrêt *Walrave* rendu 12 ans auparavant selon laquelle il n'y a pas de raison d'interpréter la libre prestation des services de manière plus restrictive que la libre circulation des travailleurs ! Il eût donc été surprenant que la Cour n'essaie pas d'étendre à la libre circulation des travailleurs sa « nouvelle » jurisprudence sur la libre prestation des services. Ses premières tentatives, que ce soit sur le concept d'*entrave* ou sur la prise en compte des *raisons impérieuses*, ne furent pas toujours très heureuses sur le plan du raisonnement juridique.

I – L'arrêt *Stanton*, le recours à la notion d'entrave

1) L'arrêt

²⁹⁹ Tendance appelée d'ailleurs de leurs vœux par plusieurs avocats généraux à la fin des années quatre-vingts : « le niveau atteint par l'intégration communautaire ne permet pas de définir la portée de l'article [49] d'une manière différente et plus réduite par rapport à celle de l'article [28] », conclusions de l'avocat général

M. Stanton, ressortissant britannique, employé comme salarié dans une compagnie d'assurances au Royaume-Uni, exerçait, en outre, en Belgique les fonctions d'administrateur dans une autre société, fonction exercée en qualité d'indépendant. M. Stanton était soumis, en sa qualité de salarié, au régime de sécurité sociale britannique. Il lui fut néanmoins réclamé le paiement de cotisations de sécurité sociale d'indépendant en Belgique, le droit belge n'ouvrant un droit à exonération que lorsque le régime de sécurité sociale auquel cette personne cotise en qualité de salarié, est soumis à la législation belge. A la demande d'un tribunal belge, la Cour fut invitée à se prononcer sur l'interprétation des articles 12 et 42 du traité³⁰⁰.

Le raisonnement de la Cour se divise en deux parties. Elle analyse d'abord le contenu de l'article 12 et conclut que *« s'il est vrai que (la législation belge) défavorise (les) travailleurs qui occupent à titre principal un emploi salarié dans un autre Etat membre que la Belgique, il n'a été produit devant la Cour aucun élément d'information permettant d'établir que ces travailleurs défavorisés sont exclusivement ou principalement des non-nationaux. Il n'apparaît donc pas que la réglementation nationale en cause puisse être regardée comme opérant une discrimination indirecte en raison de la nationalité. Il convient, dans ces conditions, d'écarter du débat l'article [12] du traité »*.

Se tournant ensuite vers l'article 43, la Cour considère que « la réglementation d'un Etat membre qui exonère d'une cotisation au régime des travailleurs indépendants les personnes qui exercent à titre principal une activité salariée dans cet Etat membre, mais refuse cette exonération aux personnes qui exercent à titre principal une activité salariée dans un autre Etat membre, a pour effet de défavoriser l'exercice d'activités professionnelles hors du territoire de cet Etat membre. Les articles [39] et [42] s'opposent donc à une telle réglementation ».

2) Sa critique

Le seul commentaire positif qui peut légitimement être fait à propos de cet arrêt c'est que la réponse que la Cour apporta aux questions posées était la bonne. Même si la motivation était plus que défailante³⁰¹. Les critiques que l'on peut formuler sur la motivation de la Cour sont nombreuses³⁰². S'agissant de son raisonnement sur l'article 12 : conformément à la jurisprudence, la Cour n'aurait pas dû examiner cette affaire sous l'angle de cette disposition. Le raisonnement de la Cour sur l'absence de discrimination au titre de l'article 12 suppose, implicitement mais nécessairement, que l'article 42 n'est pas applicable aux discriminations fondées sur la nationalité, ce qui contredit sa jurisprudence

Tesauro, point 6 *in fine*, dans l'affaire *Gouda* ; voy. également le point 23 des conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Grogan* et le point 24 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Säger*.

³⁰⁰ Il convient de souligner que l'arrêt fut prononcé par une chambre à trois juges et non par la Cour en formation plénière.

³⁰¹ Dans le même sens, A. Arnall, *The general principles of EEC law and the individual*, Leicester University Press 1990, p. 79.

constante depuis 1974 et le libellé même du traité, mais qu'il vise « autre chose », ce qui ne résulte d'aucun arrêt antérieur ; son analyse, très restrictive, de la notion de discrimination indirecte est, elle aussi, en contrariété flagrante avec sa jurisprudence constante antérieure. Sur l'article 43 : en concluant à une violation de l'article 42 tout en constatant une absence de violation de l'article 12, la Cour rompt avec une jurisprudence constante, qui sera confirmée par la suite, selon laquelle toute réglementation incompatible avec l'article 39 ou 42 l'est également avec l'article 12.

Ces défauts dans la motivation auraient peut être pu s'expliquer si la Cour avait cherché par ce biais à atteindre un résultat que ne permettait pas une application de sa jurisprudence classique sur l'interdiction des discriminations. Tel n'était toutefois pas le cas, puisque la réglementation belge créait une discrimination indirecte manifeste.

II – L'arrêt *Allué I*, la timide apparition des raisons impérieuses

1) L'arrêt

Cette affaire était la première d'une longue série³⁰³ concernant la situation des lecteurs de langue étrangère dans les universités italiennes. Mme P. Allué, ressortissante espagnole, ayant eu un contrat comme lecteur de langue étrangère pendant 5 ans, le recteur de son université lui indiqua qu'il ne pourrait être renouvelé en vertu de la législation italienne prévoyant une limite à la durée du lien de travail des lecteurs de langue étrangère, alors que pareille limite n'existait pas, en principe, pour les autres travailleurs.

La Cour³⁰⁴ constate d'emblée (point 11) que cette réglementation, bien que formellement indistinctement applicable, vise essentiellement les ressortissants des autres Etats membres, dans la mesure où seuls 25% de ces lecteurs sont italiens. La Cour s'abstient toutefois de confirmer formellement son caractère discriminatoire et se penche immédiatement sur les causes de justification avancées par le gouvernement italien pour justifier cette « différence de traitement », pour finalement les rejeter et conclure (points 18 et 19) qu'aucune raison examinée ne permettant de justifier l'atteinte au principe d'égalité, la réglementation italienne est contraire à l'article 39 du traité.

2) Les zones d'ombre

L'arrêt est intéressant peut être surtout par ce qu'il ne dit pas ou ne fait pas. Ainsi, l'arrêt ne dit pas s'il est rendu dans le cadre d'une stricte application du principe d'égalité, dans lequel la différence de

³⁰² Pour plus de détails, voy. D. Martin, « Réflexions ... », spécialement aux pages 564 et 565.

³⁰³ Qui (en 2005) n'est pas achevée ! Pour une présentation détaillée des questions soulevées par cette « saga », voy. M. Condinanzi, « L'università italiana e i lettori di lingua straniera : discriminazioni da eliminare o similitudini da riconoscere ? », in *La libera circolazione dei lavoratori, Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, OPOCE, 1998, pp. 101 à 113.

traitement entre deux groupes de personnes se trouvant dans une situation comparable n'est pas discriminatoire si elle est objectivement justifiée. L'arrêt semble chercher à se donner cette apparence en insérant, un peu à l'instar du raisonnement tenu dans *Cassis de Dijon*, l'analyse des causes de justification de la différence de traitement entre le constat de celle-ci et la conclusion quant à l'existence d'une discrimination. Si l'on analyse de plus près le raisonnement de la Cour, on pourrait pourtant conclure que cette apparence est trompeuse.

Tout d'abord le constat même de la différence de traitement. Un tel constat, dans sa jurisprudence jusque là, aurait automatiquement conduit la Cour à affirmer le caractère discriminatoire de pareille réglementation³⁰⁵. Mais la défense des autorités italiennes consistant exclusivement à essayer de justifier le traitement différent des lecteurs de langue étrangère, conclure d'emblée au caractère discriminatoire de la mesure en cause aurait empêché la Cour d'examiner ces causes de justification, puisque ne relevant pas des exceptions prévues par l'article 39 §3 (ordre public, sécurité publique, santé publique). Ensuite, le caractère même des causes de justification. Celles-ci étaient de trois ordres : unique moyen de contrôle que les lecteurs disposent d'une connaissance actualisée de leur langue maternelle, une stabilité d'emploi ne pourrait être garantie qu'aux lauréats d'un concours, ce que ne sont pas les lecteurs et nécessité de limiter le nombre de lecteurs en fonction des besoins des universités. Ces causes de justification ne sont pas vraiment des « circonstances objectives », au sens de la jurisprudence *Hochstrass* par exemple, qui peuvent être invoquées dans l'application du principe d'égalité. Elles s'apparentent plus à des raisons impérieuses. Dans l'affaire *Spotti* de 1993, concernant également un problème identique de lecteurs de langue étrangère en Allemagne, le raisonnement de la Cour à cet égard ne laissera pas de doute quant au fait que la Cour entend examiner une raison impérieuse³⁰⁶.

III - Ultime période de confirmation de la jurisprudence traditionnelle

³⁰⁴ L'arrêt fut rendu par une chambre à 5 juges.

³⁰⁵ Voy. par exemple, l'arrêt *Roviello*, points 15 et 16 dans laquelle l'arrêt fut rendu par la Cour en formation plénière (*grand plénum* – 11 juges).

³⁰⁶ Durant la période 1987-1991, la Cour acceptera d'examiner des « raisons objectives » dans l'arrêt *Biehl*. Cette affaire mettait en jeu une disposition du droit fiscal luxembourgeois selon laquelle le remboursement du trop-perçu dans le cadre d'un système de retenue à la source était subordonné à une condition de résidence durant toute l'année fiscale. Exactement comme dans l'arrêt *Allué I*, la Cour relève d'abord que la réglementation est formellement indistinctement applicable, mais que l'article 39 prohibe également les discriminations déguisées. Elle conclut que le critère de résidence permanente risque de jouer, en particulier, au détriment des ressortissants des autres Etats membres. Elle ne conclut toutefois pas immédiatement au caractère discriminatoire de la mesure litigieuse. La Cour examine ensuite la raison impérieuse avancée, soit garantir le système de progressivité de l'impôt, mais le rejette au motif qu'elle est susceptible d'enfreindre le principe d'égalité en désavantageant le contribuable résident temporaire. Pris à la lettre, ce raisonnement paraît surprenant : la différence de traitement ne peut être justifiée parce la raison impérieuse avancée risque d'être discriminatoire ! Il convient de noter que cet arrêt fut rendu par une chambre de 5 juges dont 4 avaient pris part à l'arrêt *Allué I*.

Mis à part les premiers soubresauts constatés dans les arrêts *Stanton* et *Allué I*, la Cour resta fidèle durant la période 1987-1991 à sa jurisprudence antérieure, tant dans le domaine de la libre circulation des travailleurs que dans celui du droit d'établissement. Dans trois cas au moins, dont deux³⁰⁷ dans le cadre d'arrêts rendus en formation plénière (*grand plénum* – 9 juges), la Cour eut l'occasion de réaffirmer explicitement que les articles 39 et 42 ne prohibent que les seules discriminations³⁰⁸. Dans aucun de ces trois cas, elle n'examina de possibles raisons impérieuses pouvant justifier la mesure nationale litigieuse.

En 1987, dans l'arrêt *Commission c. Belgique*, elle rejeta un recours en manquement introduit par la Commission qui attaquait une réglementation belge relative aux laboratoires de biologie clinique. La Commission estimait notamment que l'article 42 ne se limite pas aux mesures discriminatoires mais vise aussi les mesures indistinctement applicables aux nationaux et aux étrangers, dès lors qu'elles constituent une gêne injustifiée pour ces derniers. A cette argumentation, la Cour répondit que la législation belge était indistinctement applicable et que ni son contenu ni ses objectifs ne permettent de conclure qu'elle a été adoptée à des fins discriminatoires ou qu'elle produit des effets de cette nature. En conséquence elle débouta la Commission. Dans l'affaire *Lenoir* de 1988, était en cause une réglementation française en matière de sécurité sociale indistinctement applicable. La Commission ayant défendu l'idée qu'elle était néanmoins contraire à l'article 39, la Cour répondit que n'appliquant pas de critères de distinction qui aboutiraient, en fait, à une discrimination déguisée, cette réglementation est compatible avec le droit communautaire. Une même analyse fut reproduite dans l'arrêt *Troiani* de 1989.

³⁰⁷ Arrêts *Commission c. Belgique*, (« laboratoire de biologie clinique » - 221/85) et *Lenoir*. L'autre arrêt, *Troiani*, fut rendu par une chambre à 3 juges.

³⁰⁸ Il est intéressant de souligner à cet égard le point de vue exprimé dans le même sens à l'époque par deux juges éminents de la Cour. Ainsi, à la question « is it possible to say that Community law recognises the second meaning of equality, that is to allow for discrimination in favour of the weak and consequently in favour of the foreigner? », le juge Mancini (p. 72) répondait alors « Some writers point out that, by limiting the prohibition of discrimination to « nationality » (...), article [39] does not go far enough. I would agree with this opinion. The guarantee of free movement excludes any form of affirmative action, as the American courts call it. On the other hand, there is no sign of a move from formal to substantive protection – not even in Regulation 1612/68 (...). Neither has the Court of Justice made this move ». De son côté, le juge Schöckweiler (p. 15) déclarait que « le principe de non-discrimination en raison de la nationalité comporte, dans les cas spécifiquement réglés par le traité CEE, application du traitement national en matière de libre circulation des travailleurs et, du moins en règle générale, en matière d'établissement, alors que, dans le domaine de la libre prestation des services, cette même application peut être considérée comme étant contraire au traité », « La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité CEE ».

Même s'ils émanent de la doctrine « la plus autorisée », les points de vue émanant de juges en activité doivent néanmoins être reçus avec prudence, comme le montre le fait que peu de temps après la Cour sera d'un autre avis. Ce n'était d'ailleurs pas la première fois qu'un point de vue émis en doctrine par un juge en activité serait contredit par la Cour peu de temps après. Ainsi, en 1986, le président de la Cour, Lord MacKenzie Stuart, « Problems of the European Community: Transatlantic Parallels » *ICLQ*, 1987, p. 183, écrivait que la jurisprudence *Gravier*, sur les droits des étudiants, s'applique « évidemment » aussi aux études universitaires. Le caractère « évident » de cette application sera nié moins de deux ans plus tard par la Cour dans l'affaire *Blaizot*.

Par ailleurs, s'agissant de l'impossibilité d'invoquer des raisons impérieuses dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour confirma en 1991³⁰⁹, pour la dernière fois avant l'arrêt *Bachmann* de 1992, qu'une mesure nationale qui, bien que formellement indistinctement applicable, crée une discrimination indirecte à l'encontre des ressortissants des autres Etats membres, ne peut être justifiée *que* par l'un des motifs expressément prévus par l'article 39, paragraphe 3³¹⁰.

§ 4 - L'avènement définitif de l'« entrave » et de la « raison impérieuse »

En moins de deux ans, la Cour va se distancier définitivement de sa jurisprudence « traditionnelle » au moyen de seulement trois arrêts. Chacun de ceux-ci marque une rupture, réelle et profonde, par rapport aux enseignements prodigués parfois depuis plus de 20 ans³¹¹, même si deux d'entre eux, *Kraus* et *Keck*, étaient néanmoins attendus. Les arrêts *Kraus* et *Bachmann* concernent la libre circulation des travailleurs, l'arrêt *Keck* la libre circulation des marchandises. Il convient encore de signaler que l'arrêt *Bachmann* a été rendu avant l'arrêt *Kraus*. Il ne s'agit pas là que d'un détail. La Cour va en effet affirmer dans *Bachmann* que des mesures nationales dont elle a préalablement reconnu le caractère discriminatoire peuvent néanmoins être justifiées par des raisons impérieuses. Une telle affirmation semble pourtant contraire à la lettre même du traité ; elle l'est aussi avec la définition du principe d'égalité. Mais cette affirmation est aussi antérieure à celle, dans l'arrêt *Kraus*, que l'article 39 du traité n'interdit pas seulement les discriminations, mais également les entraves non discriminatoires lorsque celles-ci ne peuvent être justifiées par une raison impérieuse. La consécration des raisons impérieuses permettant de justifier des mesures interdites par l'article 39 a donc précédé celle de l'extension du champ d'application matériel de cette disposition. L'enchaînement logique enregistré dans la libre circulation des marchandises – condamnation des entraves non discriminatoires (*Dassonville*), puis acceptation de la prise en compte des exigences impératives (*Cassis de Dijon*) – est donc ici renversée. Du même coup, disparaît la justification théorique de la possibilité d'invoquer des raisons impérieuses, puisque celles-ci sont, d'abord, admises au soutien de mesures jugées discriminatoires !

I – Travailleurs, justification d'une discrimination indirecte par une raison impérieuse

1) L'arrêt *Bachmann*

M. Bachmann est un ressortissant allemand exerçant une activité salariée en Belgique. L'administration fiscale refusa d'admettre la déduction de cotisations versées en Allemagne, au titre

³⁰⁹ Arrêt *Masgio*, rendu par une chambre à 3 juges.

³¹⁰ La formulation de l'arrêt est même plus radicale puisque la Cour affirme (point 24) qu'« en dehors de ces hypothèses expressément prévues par le traité, aucune *entrave à la libre circulation des travailleurs* ne saurait trouver de justification ».

³¹¹ L'arrêt *Bachmann* renverse une jurisprudence constante affirmée dès l'arrêt *Ugliola* de 1969 !

de contrats d'assurance (contre la maladie et l'invalidité, ainsi que d'un contrat d'assurance vie) conclus avant son arrivée en Belgique, du total de ses revenus professionnels imposables³¹².

Dans ses conclusions, l'avocat général Mischo estima que « *la disposition en cause a pour effet de désavantager en particulier les ressortissants des autres Etats membres. Elle doit, dès lors, être considérée comme incompatible avec l'article [39] § 2 du traité, à moins qu'il ne soit possible de démontrer que cette « discrimination » est objectivement justifiée* » (point 12, p. 267). A cet égard, il ajoutait (point 26, p. 272) « *qu'en l'espèce est en cause une réglementation indistinctement applicable aux nationaux et aux non-nationaux qui, même si elle défavorise, en fait, surtout les non-nationaux, est licite si elle est objectivement justifiée* ».

La Cour suit le même raisonnement que son avocat général. Elle constate, d'abord, qu'en dépit de son caractère formellement indistinctement applicable, la disposition incriminée joue plus particulièrement au détriment des ressortissants des autres Etats membres³¹³. Elle analyse, ensuite, toutes les justifications invoquées par les autorités belges³¹⁴ pour finalement les rejeter, sauf la dernière, à savoir la nécessité de préserver la cohérence du système fiscal.

2) Sa critique

Un raisonnement selon la « méthode traditionnelle » aurait conduit la Cour à une solution radicalement différente. Après avoir constaté que la réglementation belge en cause défavorisait manifestement plus les ressortissants des autres Etats membres que les nationaux, la Cour aurait formellement conclu à son caractère discriminatoire. Cette conclusion atteinte, elle aurait constaté qu'aucune des raisons invoquées par le gouvernement défendeur au soutien de cette réglementation n'était couverte par le concept d'ordre public, inscrit à l'article 39, paragraphe 3, du traité et aurait en conséquence jugé que la réglementation belge était contraire au droit communautaire.

³¹² Refus fondé sur l'article 54 du Code des impôts sur les revenus, en vertu duquel seules les cotisations d'assurance libre contre la maladie et l'invalidité versées à une société mutualiste reconnue par la Belgique et les cotisations d'assurance contre la vieillesse et le décès prématurées versées en Belgique pouvaient être déduites des revenus professionnels.

³¹³ Il pourrait même être soutenu que la réglementation créait une discrimination directe selon le lieu d'établissement de la société d'assurances. Mais tant l'avocat général que la Cour ont analysé la situation au regard essentiellement du droit du *travailleur* ressortissant d'un autre Etat membre exerçant une activité en Belgique. A son égard effectivement, la législation belge était formellement indistinctement applicable comme le souligne l'avocat général puisqu'un travailleur belge se trouvait dans la même situation. En revanche, pour la société d'assurance établie dans un autre Etat membre, la discrimination était directe, puisqu'elle était, dans sa prestation de services fournie aux personnes résidant en Belgique, traitée différemment exclusivement en fonction de son lieu d'établissement. La Cour parle pourtant à son égard d'un *obstacle* à sa libre prestation des services (point 31). Dans l'arrêt *Danner*, portant sur une question très similaire, la Cour n'abordera la question que sous l'angle de l'article 49, et l'avocat général Jacobs parlera effectivement de l'existence d'une *discrimination directe* (voy. ci-dessous).

³¹⁴ Le défaut d'harmonisation des législations fiscales, le caractère bénin de l'entrave et l'efficacité des contrôles fiscaux.

Indépendamment de toutes les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de cet arrêt³¹⁵, un commentaire plus général doit être fait à l'encontre de la solution choisie par la Cour : un revirement aussi fondamental, modifiant de manière aussi importante l'approche suivie dans la mise en œuvre de l'article 39 du traité ne nécessitait-elle pas une explication, et une justification, théoriques préalables ? En effet, ce revirement place les « acteurs » du droit communautaire dans une position très inconfortable. Comment le juge national, juge ordinaire du droit communautaire, est-il dorénavant en mesure de trancher un litige qui lui sera soumis ? Lui appartient-il d'examiner lui-même, sans recourir à la Cour, la légitimité, au regard du droit communautaire et non de chaque droit national particulier, des raisons impérieuses qui lui sont présentées ainsi que la proportionnalité des moyens utilisés pour mettre en œuvre celles-ci ? Comment le citoyen peut-il se défendre face à une administration nationale prétextant que sa réglementation est certes discriminatoire, mais justifiée par une raison impérieuse ?

En d'autres termes, admettre que des discriminations puissent être justifiées par des raisons impérieuses, non définies et non limitées par le droit communautaire, et dont la légitimité et la proportionnalité de la mise en œuvre sont laissées à l'appréciation du juge national, implique nécessairement une rupture importante avec le principe général d'application uniforme du droit communautaire³¹⁶. En définitive, le reproche essentiel qui paraît devoir être adressé à l'arrêt *Bachmann* est celui-là : l'instauration de la confusion et d'un certain chaos dans l'application de l'article 39 CE, dès lors que celle-ci n'est plus régie par les règles strictes du traité et du principe d'égalité, mais soumise au subjectivisme du juge national ... et communautaire. En fin de compte, ce n'est pas le travailleur migrant qui bénéficie de ce revirement, mais les Etats membres.

II – Travailleurs et établissement, de la discrimination à l'entrave

1) L'arrêt *Kraus*

M. Kraus est un ressortissant allemand, titulaire d'un diplôme en droit obtenu en Allemagne, ayant également décroché un diplôme de troisième cycle au Royaume-Uni³¹⁷. Lors de son retour dans son Etat membre d'origine, il a demandé la reconnaissance du droit à se prévaloir de son L.L.M., sans autorisation du Land où il souhaitait exercer son activité, ce droit étant ouvert aux titulaires de titres universitaires acquis en Allemagne. Sa demande fut rejetée.

Dans ses conclusions, l'avocat général Van Gerven établit sans hésitation (point 7) que la réglementation allemande incriminée contient une discrimination déguisée à l'encontre des ressortissants des autres Etats membres, puisqu'il n'est pas sérieusement contestable que ce sont très

³¹⁵ Voir, parmi d'autres, D. Fosselard, « L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur », *C.D.E.*, 1993, p. 465.

³¹⁶ Affirmé, par exemple, dans l'arrêt *Dzodzi*.

majoritairement ces derniers qui souhaitent se prévaloir d'un titre universitaire étranger en Allemagne. Se tournant ensuite vers les causes possibles de justification de pareille discrimination, il suit un raisonnement conforme à celui appliqué par la Cour entre 1969 et 1992. Il constate tout d'abord que l'argument des autorités allemandes fondé sur l'exception d'ordre public de l'article 39 § 3 du traité « *ne saurait être pris au sérieux, compte tenu de la portée limitée que la Cour a donnée à cette notion* ». Il ajoute que la raison impérieuse invoquée, à savoir la protection de l'intérêt public et du marché du travail n'est nullement convaincant. Mais sur ce point, il précise que « *abstraction faite de la question de savoir si de telles raisons objectives peuvent aussi être invoquées à l'égard de dispositions (ouvertement ou indirectement) discriminatoires* »³¹⁸, la réglementation en cause est, en toute hypothèse, incompatible avec le principe de proportionnalité.

La Cour ne tient pas compte des conclusions de son avocat général, pourtant fidèles à sa propre jurisprudence constante. Elle considère d'abord (point 31) que l'article 39 s'oppose à « une mesure nationale qui, *même applicable sans discrimination tenant à la nationalité*, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité ». Il n'en irait autrement, ajoute-t-elle, que si une telle mesure poursuivait un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiait par des raisons impérieuses d'intérêt général. Après examen de la cause de justification avancée par les autorités allemandes³¹⁹, la Cour déclare que l'article 39 du traité ne s'oppose pas à la réglementation allemande.

2) Sa critique

Le défaut essentiel de cette approche est qu'elle ne paraissait pas pertinente en l'espèce, la mesure allemande étant en effet manifestement discriminatoire³²⁰. Certes, le critère de discrimination n'était pas la nationalité du titulaire du diplôme, mais l'Etat membre dans lequel celui-ci avait été obtenu. Il est toutefois incontestable depuis l'arrêt *Sotgiu* que cette nuance est sans importance, dès lors que le critère utilisé aboutit, en fait, au même résultat que si c'est le critère de nationalité qui était employé. Or, ainsi qu'aisément constaté par l'avocat général, tel était à l'évidence le cas ici. Il n'y avait donc pas lieu juridiquement d'examiner la raison impérieuse avancée. Il peut donc être argué que la consécration formelle de la « théorie des entraves » réalisée dans cet arrêt est entachée d'un « vice

³¹⁷ Il a obtenu à l'université d'Edimbourg le grade universitaire de « Master of Laws » (L.L.M.).

³¹⁸ Il rappelle (texte sous note de bas de page (17) notamment à cet égard que la Cour a déjà admis de telles raisons impérieuses « dans des circonstances exceptionnelles », à savoir lorsqu'il existe un risque que, à la faveur des libertés garanties par le traité, certains ressortissants tentent de se soustraire à des règles professionnelles contraignantes.

³¹⁹ Protéger le public contre l'utilisation trompeuse de titres universitaires acquis en dehors du territoire allemand

³²⁰ C. Barnard, *The Substantive Law ...*, p. 258, fait également ce constat.

originel », puisque l'entrave constatée n'était pas *applicable sans discrimination tenant à la nationalité*, mais était au contraire manifestement, même si seulement indirectement, discriminatoire.

L'appréciation, formulée en termes sévères, qui en fut faite par V. Hatzopoulos paraît juste : « cette attitude (...) de la Cour est grosse d'ambiguïté : d'une part elle manque de tout fondement textuel découlant du traité et, d'autre part, elle n'est nullement rendue intelligible [dans un arrêt] caractérisé par une rédaction hermétique »³²¹. Il pourrait être ajouté que la formulation de la théorie est pour le moins malencontreuse, la Cour distinguant « objectif légitime compatible avec le traité » et « raison impérieuse d'intérêt général », alors qu'il s'agit là d'une seule et même condition, ce que confirmera d'ailleurs sa jurisprudence ultérieure.

L'ambiguïté théorique s'accompagne en outre d'un inconvénient pratique non négligeable, puisque la Cour admet finalement tant la légitimité que la proportionnalité de la mesure allemande contestée par M. Kraus !

Si l'arrêt *Bachmann* a été unanimement critiqué³²², l'arrêt *Kraus* a souvent été accueilli avec enthousiasme. La détermination exacte de l'influence qu'ils vont exercer sur la jurisprudence dans le domaine de la libre circulation des travailleurs depuis 1994 requiert qu'ils soient examinés ensemble, l'un à la lumière de l'autre, car ils sont complémentaires. Sur le plan *théorique*, l'arrêt *Bachmann* a légitimé le recours aux raisons impérieuses, l'arrêt *Kraus* a consacré la théorie des entraves. Dans les deux cas, il s'agit de constructions jurisprudentielles ne trouvant aucun appui dans le traité. Et pourtant raisons impérieuses et entraves sont deux concepts omniprésents dans la jurisprudence récente. Sur le plan *pratique*, les mesures nationales en cause dans ces deux arrêts étaient manifestement discriminatoires, même si la discrimination n'était pas fondée sur le critère de nationalité. Dans les deux cas, la Cour a néanmoins abouti à la conclusion que la mesure en cause était compatible avec l'article 39 du traité. Il paraît dès lors difficile de voir dans ces deux arrêts, tant au niveau théorique que dans leurs conséquences pratiques, un progrès dans la protection des droits des travailleurs migrants.

III – Marchandises, renversement des valeurs ou approche réaliste ?

1) L'arrêt *Keck*

Deux directeurs d'hypermarchés de la région de Strasbourg étaient poursuivis pénalement pour avoir revendu, à un prix inférieur au prix d'achat effectif, du Picon bière et du café, contrairement aux

³²¹ V. Hatzopoulos, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? » *R.T.D.E.*, 1998, pp. 191 et 217.

prescriptions de la réglementation française applicable. Ils soutenaient que cette réglementation était contraire à l'article 30.

Selon l'avocat général Van Gerven (p. 6115), une interdiction générale de la revente à perte ne répond pas au critère de nécessité, dans la mesure où doit exister une solution alternative moins entravante, c'est-à-dire qui réponde mieux aux exigences impératives acceptées par le droit communautaire. Il invitait donc la Cour à maintenir sa jurisprudence *Cassis de Dijon*. Fait exceptionnel, il est généralement observé que la Cour s'appuya dans son arrêt sur les conclusions présentées dans une autre affaire, également pendante à l'époque, l'affaire *Hünermund*. L'avocat général Tesauo, stigmatisant ce qu'il appelait l'incohérence et les contradictions de la jurisprudence ayant suivi l'arrêt *Dassonville*, incitait la Cour à revenir sur cet arrêt pour qu'il ne soit plus « *interprété de manière à inclure dans la notion d'effet équivalent les dispositions nationales qui, du fait qu'elles ont une incidence sur l'offre et/ou la demande et donc, mais pour cette seule raison, sur le volume des ventes, peuvent entraîner une réduction du volume des importations, en l'absence donc de toute difficulté pour la circulation des produits visés à l'intérieur de la Communauté et de tout rapport avec la diversité des législations concernées* » (point 28).

L'arrêt établit un revirement radical dans l'interprétation de la notion de « mesures d'effet équivalent »³²³. Les raisons de ce revirement sont exposées très clairement par la Cour qui déclare (point 14) qu'« *étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article [28] du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres*³²⁴, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière ». Ce réexamen amène ainsi la Cour à considérer que :

« contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence Dassonville, l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit

³²² Au point que dans la jurisprudence récente, tant la Cour (voy., entre autres, les points 37 à 40 de l'arrêt *Baars*) que ses avocats généraux tentent de réduire la portée de cet arrêt (voy. le texte sous la note (45) des conclusions de l'avocat général Fenelly dans l'affaire *Metallgesellschaft*).

³²³ Sur les débats doctrinaux ayant précédé ce revirement et les jugements annonciateurs de celui-ci, voy. P. Oliver, *Free movement ...*, pp. 96 à 100. Pour une liste des commentaires abondants ayant suivi cet arrêt, voy. R. Joliet, « La libre circulation des marchandises... », texte sous la note (4).

³²⁴ Le juge Joliet parlera de l'article 28 comme du « dernier refuge des plaideurs en difficulté », p. 145.

comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres » (point 16)

« En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application des réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux » (point 17)

2) Son influence dans la libre circulation des marchandises

La portée du revirement opéré par la Cour a été longuement discutée en doctrine. Deux opinions, parmi les plus autorisées, puisqu'elles émanent d'un juge ayant participé à la confection de cet arrêt et d'un avocat général lors de conclusions présentées dans une affaire ultérieure, méritent d'être rappelées. Toutes deux prennent pour point de départ la formule *Dassonville*.

Selon le juge Joliet³²⁵, « les règles portant sur les modalités de vente cesseront d'être (soumises à l'examen de proportionnalité de la jurisprudence *Cassis de Dijon*), pourvu qu'il n'y ait discrimination ni en droit ni en fait entre les produits importés et les produits nationaux : elles seront, moyennant cette condition, considérées comme échappant d'emblée au domaine de l'article [28], sans avoir à être justifiées par un motif supérieur d'intérêt général. C'est là qu'est le revirement de jurisprudence ». Répondant au reproche formulé par certains que la Cour s'était éloignée de la notion de mesure d'effet équivalent donnée dans l'arrêt *Dassonville*, il considérait que « la critique est non fondée. Ceux qui la font ne comprennent pas la différence fondamentale existant entre le mot « entraver » et le mot « affecter », qui est utilisé dans les articles [81] et [82] (...). Entraver a une connotation négative : cela signifie empêcher, gêner. Au contraire, affecter est neutre : cela veut dire toucher. Le sens de l'arrêt *Keck et Mithouard* est qu'il ne suffit pas que la réglementation touche d'une quelconque manière au commerce intracommunautaire pour que l'article [28] joue. Il faut encore que les ventes de produits importés soient affectées davantage que les ventes de produits nationaux (...). La première cible de l'interdiction de l'article [28], ce sont les restrictions quantitatives, les quotas d'importation. A coup sûr, ce type de mesure a un caractère protectionniste. L'article [28] complète cette interdiction en l'étendant aux mesures qui ont un effet équivalent. Cette notion ne peut viser elle aussi que des mesures qui ont un caractère protectionniste et qui créent, d'une manière ou d'une autre, un avantage pour la production nationale ».

Selon l'avocat général Cosmas³²⁶, la Cour a procédé dans cet arrêt à « une distinction absolue, « ontologique » : les règles nationales restrictives relatives aux conditions auxquelles doivent répondre

³²⁵ Pp.148 à 150.

³²⁶ Point 23 de ses conclusions dans l'affaire *Belgapom*.

les marchandises en provenance d'autres Etats membres, qui se réfèrent à l'*objet* proprement dit des échanges commerciaux entre les Etats membres, créent, de par leur nature, des entraves auxdits échanges. En revanche, les règles nationales qui interdisent ou limitent certaines modalités de vente, en ce qu'elles ne concernent que les *conditions et circonstances* dans lesquelles sont vendus les produits en provenance d'autres Etats membres, ne sont pas, de par leur nature, aptes à affecter le commerce intracommunautaire. (...). On peut raisonnablement conclure que la Cour (...) admet que l'éventualité que l'interdiction ou la limitation de certaines modalités de vente influencent le comportement des opérateurs concernés de façon à avoir des répercussions négatives sur les échanges commerciaux entre les Etats membres est tellement lointaine et hypothétique qu'elle ne permet pas d'établir un rapport, fut-il indirect et potentiel, entre les dispositions nationales en question, d'une part, et d'éventuelles répercussions négatives sur les importations d'autre part ».

Ces points de vue ne sont pas aisément réconciliables. Leur conception du terme « entraver » est manifestement antagoniste, le premier y associant une connotation protectionniste, discriminatoire, là où le second lui donne le sens d'affectation des échanges, conception précisément rejetée par le premier. La relecture faite par le juge Joliet de la notion de mesure d'effet équivalent paraît exagérée. Tout d'abord, s'il est indéniable qu'étymologiquement les termes *entraver* et *affecter* ont une signification différente, il convient toutefois de noter que le terme *affecter* est employé par la Cour avec une connotation négative pour constater l'existence d'une discrimination dans le domaine de la libre circulation des travailleurs³²⁷, du droit d'établissement ou de la libre prestation des services³²⁸. Même dans le domaine de la libre circulation des marchandises, ce terme a été employé pour signifier « gêner » ou « entraver », tant avant qu'après l'arrêt *Keck*^{329 330}. Ensuite, le lien établi entre mesure d'effet équivalent et avantage pour la production nationale paraît disproportionné et restreindre outre mesure l'objectif assigné par le traité à la libre circulation des marchandises. Ainsi que l'a relevé l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Leclerc-Siplec* (points 39 et 40 de ses conclusions), « le principal souci des dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises est d'empêcher l'apparition d'obstacles injustifiés dans le commerce entre les Etats membres. Lorsqu'il existe un obstacle aux échanges entre Etats, il ne saurait cesser d'exister

³²⁷ « Ainsi doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, *affectent* essentiellement les travailleurs migrants » : point 18 de l'arrêt *O'Flynn*. Il est d'ailleurs révélateur de constater que les autres arrêts auxquels elle renvoie expressément sur ce point n'utilise pas le terme *affecter* mais d'autres qu'elle juge donc interchangeables : « vise essentiellement » - point 12 de l'arrêt *Allué I* et point 24 de l'arrêt *Pinna I* ou « est de nature à désavantager » - point 18 de l'arrêt *Spotti*. Le terme *affecter* figure toutefois dans d'autres arrêts : point 17 de l'arrêt *Haug-Adrion* ; point 11 de l'arrêt *Le Manoir* ; point 15 de l'arrêt *Allué II*.

³²⁸ Article 43 : point 34 de l'arrêt *Peralta* ; article 49 : point 21 de l'arrêt *Corsica Ferries II*.

³²⁹ Avant : arrêts *SARPP*, point 29 et *Generics*, point 18 ; après : arrêts *Ligur Carni*, point 37 et *Evans medical et Macfarlan Smith*, point 22.

³³⁰ Et le même terme a également toujours eu une connotation négative dans la jurisprudence de la Cour sur le droit de la concurrence, tant avant *Keck* – voir arrêt *Grundig* de 1965, point 6 – qu'après celui-ci – voir arrêt *Cabour*, point 48.

simplement parce qu'un obstacle identique affecte le commerce national. (...). Sous l'angle de la préoccupation qu'a le traité d'établir un marché unique, la discrimination n'est pas un critère utile ».

En revanche, le juge Joliet avait tout à fait raison de souligner (p. 149) que l'application systématique de la jurisprudence *Cassis de Dijon* avait progressivement conduit la Cour à contrôler des réglementations nationales les plus diverses ne présentant aucun lien avec les importations et ainsi à opérer des choix purement politiques en lieu et place des parlements nationaux. Tendance systématiquement mise à profit par ceux auxquels étaient opposée n'importe quelle réglementation limitant, même de manière légitime, leur liberté commerciale. La jurisprudence sur l'article 28 risquait donc véritablement de perdre sa crédibilité en rompant définitivement le lien avec l'objectif poursuivi par cette disposition. L'arrêt *Keck* ne peut cependant pas être interprété comme ayant voulu rompre avec la formule *Dassonville* dans les hypothèses autres que celle visée par cet arrêt, c'est-à-dire les « modalités de vente ». La difficulté étant bien entendu de s'entendre sur le champ d'application de cette expression « cryptique »³³¹.

3) Son influence dans la libre circulation des personnes et la libre prestation des services

Si l'arrêt *Keck* peut légitimement être perçu comme ayant restreint la portée de la jurisprudence de la Cour sur le champ d'application de l'article 28, il a eu également une influence sur la notion d'*entrave* dans les autres libertés. Dès lors que la Cour a considéré que les articles 39 et 49 ne prohibent pas seulement les discriminations, mais interdisent également les *entraves non discriminatoires* à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation des services, une des questions fondamentales que cette extension pose concerne la détermination du seuil à partir duquel une réglementation étatique est susceptible de constituer une *entrave* contraire aux dispositions du traité.

Le critère « empêchement d'accès au marché » utilisé dans *Keck* a été par la suite reconnu par la Cour comme également déterminant dans la libre prestation des services (*Alpine* : « empêcher l'accès », point 37 ; « conditionner directement l'accès », point 38) et dans la libre circulation des travailleurs (*Bosman* : « conditionner directement l'accès », point 103). Il est aujourd'hui accepté qu'une mesure étatique³³² ayant cet effet de *conditionner l'accès* au marché des produits, du travail ou

³³¹ R. Joliet, « La libre circulation des marchandises... », p.150.

³³² En outre, dans le cas de l'article 39, la Cour de justice a aussi condamné les entraves émanant d'organisations privées (arrêt *Bosman*). Cette jurisprudence est transposable certainement aux articles 43 et 49. En revanche, elle ne l'est pas à l'article 28 dont la Cour a, dans une jurisprudence constante, toujours limité la portée à l'interdiction des seules mesures étatiques, voy. par exemple arrêt *Sapod*. Pour une critique de cette divergence d'approche « au détriment » de la seule libre circulation des marchandises, voy. J. Snell, « Private Parties and the Free Movement of Goods and Services », in *Services and Free Movement in EU Law*, 2002, OUP, p. 211. P. Oliver et W.H. Roth, « The internal market and the four freedoms », *CMLRev*, 2004, pp. 1 et 22, soutiennent au contraire que la Cour ne devrait pas étendre aux actions des personnes privées l'interdiction des entraves.

des services de l'Etat membre d'accueil constitue une entrave interdite dans le domaine de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services.

Mais il serait erroné de croire que cette exigence de *conditionnement de l'accès au marché* est, dans tous les cas, nécessaire pour pouvoir constater l'existence d'une entrave. Ainsi, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour conclut en 2003 dans son arrêt *van Lent* à l'existence d'une entrave posée par l'Etat membre *d'origine*, bien que la mesure entravante³³³ n'ait nullement pour objet ou effet de *conditionner l'accès* au marché du travail d'un autre Etat membre, ... alors pourtant que dans son arrêt *Graf*, de 2000, elle avait affirmé que « des dispositions même indistinctement applicables qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté. Toutefois, pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut qu'elles conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail » (point 23). Et les mêmes incohérences semblent se retrouver dans le droit d'établissement ou la libre prestation des services.

Ainsi, s'agissant de l'article 43, elle jugea, en 2004, dans *Lasteyrie du Saillant*, qu'une restriction même de faible portée ou d'importance mineure due à l'Etat membre d'origine est interdite par l'article 43. Certes, pareille affirmation est conforme à sa jurisprudence - portant sur les *discriminations* de faible portée - depuis au moins 1974 (*Commission c. France*, « code du travail maritime »), mais est irréconciliable avec l'arrêt *Graf*. Et dans l'arrêt *CaixaBank*, également de 2004, elle juge contraire à l'article 43 une législation n'empêchant pas l'accès au marché français d'organismes de crédit établis dans d'autres Etats membres, mais créant une restriction à « l'exercice et au développement de leurs activités » par leurs filiales (point 16) en leur interdisant la rémunération des comptes de dépôts à vue ; la Cour analyse cette interdiction comme un obstacle à l'exercice de leurs activités affectant leur accès au marché ! (point 12)

De même dans le cadre de l'article 49 du traité, la Cour conclut dans *Gambelli*, de 2003, que toute restriction à l'activité d'un prestataire établi dans un autre Etat membre par l'Etat membre d'accueil constitue une restriction à la libre prestation des services qui ne peut être justifiée que par un motif tiré du traité ou par une raison impérieuse (points 54 et 60). La confusion est encore plus grande suite à l'arrêt *Viacom Outdoor* de 2005. La Cour y déclare qu'une mesure fiscale³³⁴ entravant l'exercice de la liberté de prestation des services peut constituer une mesure prohibée (point 36), mais ajoute immédiatement qu'en l'espèce tel n'est pas le cas, car elle est *indistinctement applicable* (point 37), semblant ainsi subordonner à l'existence d'une *discrimination directe* le constat d'une entrave !

³³³ Obligation d'immatriculer en Belgique le véhicule de toute personne y résidant, même celui appartenant à une société établie au Luxembourg et mise à la disposition du travailleur frontalier.

³³⁴ Réglementation nationale instituant une taxe communale sur la publicité.

Atteinte dans le domaine de la fiscalité, cette conclusion semblait aussi avoir déjà été dégagée dans le domaine des soins de santé (arrêt *Leichtle*). Il semble donc qu'il peut être conclu que cette diversité dans l'approche³³⁵ de la Cour sur le degré nécessaire que doit revêtir l'entrave pour pouvoir être appréhendée par les articles 39 à 49 n'aide certainement pas à comprendre les rapports ambigus de cette notion avec celle de discrimination.

Section 3 - De la discrimination à l'égalité ? Les années de quête (1994 – 2005)

Durant cette dernière décennie, les concepts de « discrimination » et d'« égalité » ont connu des évolutions marquantes. Malheureusement, il serait présomptueux d'affirmer que ces évolutions se sont faites avec cohérence. Aujourd'hui encore, il n'est pas possible d'affirmer que la Cour a une jurisprudence claire sur la notion de « discrimination », et encore moins sur les causes possibles de justification de celle-ci ou l'étape du raisonnement dans laquelle l'examen de telles justifications doit intervenir. Régulièrement, cette absence de doctrine « définitive » de la Cour dans la libre circulation, des marchandises comme des personnes et des services, est soulignée par les avocats généraux, ... lesquels ont développé par ailleurs des raisonnements parfois divergents, et même de temps en temps juridiquement discutables. Cette dernière décennie marque néanmoins également l'émergence de quelques questions juridiques nouvelles fascinantes, notamment dans le domaine de l'égalité entre homme et femme, comme la place et le rôle des actions positives (§ 1).

Par ailleurs, l'attitude volontariste du Tribunal dans le contentieux de la fonction publique, laquelle peut être contrastée avec les réserves de la Cour dans d'autres domaines, invite à s'interroger sur l'utilité de repenser la relation entre le principe d'égalité et ses expressions spécifiques d'interdiction de discriminations fondées sur certains motifs (§ 2).

§ 1 – Le concept de discrimination : un concept en quête de sens

On peut situer dans l'arrêt *coassurances* le germe de la jurisprudence, ayant fleuri dans les années nonante, par laquelle la Cour a profondément obscurci la démarcation entre *discrimination indirecte* et *entrave*. Confirmée explicitement dans l'arrêt *Kraus*, cette *théorie des entraves* prendra véritablement son essor en 1995 avec l'arrêt *Bosman*. À partir de cet arrêt, la Cour va de plus en plus souvent, et de plus en plus ouvertement et explicitement, qualifié d'entraves des mesures contenant manifestement une discrimination indirecte.

I – Personnes et services, un concept en mutation ou en perdition ?

³³⁵ Constatée également par l'avocat général Léger dans ses conclusions dans l'affaire *Burmanjer*, texte sous

Mis à part dans quelques très rares cas³³⁶, il convient de s'interroger sur la motivation réelle de cette nouvelle qualification. Contrairement à l'idée largement acceptée, on pourrait en effet arguer que l'effet, sinon l'objectif, de cette « nouvelle » jurisprudence fut de permettre l'examen des causes de justification – les raisons impérieuses – avancées par les Etats membres au soutien de leurs réglementations discriminatoires. Il est vrai que dans *Bachman*, la Cour de justice avait accepté d'examiner la possibilité qu'une telle réglementation discriminatoire puisse être justifiée par une raison impérieuse. On peut toutefois se risquer à avancer que si la Cour a néanmoins préféré, dans de nombreuses affaires, qualifier d'entraves des mesures discriminatoires, c'est pour éviter une cassure trop radicale³³⁷ – et donc juridiquement plus difficilement justifiable – avec sa jurisprudence « traditionnelle »³³⁸, interdisant la justification des discriminations par d'autres motifs que ceux tirés du traité. A cet égard, il faut souligner que la Cour n'a, dans aucun arrêt, fourni la moindre motivation sur les raisons, juridiques, qui pourraient expliquer le passage à la *théorie des entraves*. C'est notamment cette absence de fondement théorique dans le domaine de la libre circulation des personnes qui a conduit de nombreux avocats généraux à inciter la Cour à mettre un terme à la confusion grandissante, et non maîtrisée, régnant à la fin des années nonante, dans la jurisprudence sur les justifications (celles du traité et/ou les raisons impérieuses ?) pouvant justifier les entraves et/ou les discriminations indirectes. Ces appels répétés furent rarement entendus (voy *ci-dessous*).

Un exemple, presque caricatural, de l'ambiguïté engendrée par cette jurisprudence semble être fourni par l'arrêt *Terhoeve*. Dans cette affaire, l'intéressé se plaignait d'être la victime dans son propre Etat membre, les Pays-Bas, d'une discrimination en matière d'imposition sur le revenu, en raison du fait qu'il avait exercé son droit à la libre circulation au Royaume-Uni. La Cour, plénière, aurait très facilement pu s'appuyer sur sa jurisprudence *Vougioukas – Siöber – Iurlaro*, dans laquelle elle avait jugé contraires à l'article 39 CE des réglementations nationales ayant pour objet ou pour effet de distinguer entre deux catégories de ressortissants d'un même Etat membre, ceux ayant toujours travaillé dans cet Etat et ceux qui, après avoir exercé leur droit à la libre circulation, y reviennent et y revendiquent un avantage spécifique qui leur est dénié précisément en raison du fait qu'ils ont exercé ce droit à la libre circulation. La Cour choisit de suivre une voie différente et conclut que la réglementation néerlandaise en cause créait une *entrave* injustifiée à la libre circulation des travailleurs

note (27).

³³⁶ L'exemple le plus frappant est l'arrêt *Lehtonen*. Dans cette affaire, concernant le droit à la libre circulation d'un joueur de basket-ball finlandais en Belgique, la réglementation de la fédération de basket-ball belge défavorisait les travailleurs belges par rapport aux travailleurs ressortissants d'un autre Etat membre, ces derniers étant eux-mêmes dans une situation défavorable par rapport aux joueurs provenant des pays tiers. Sur cet arrêt, voy. D. Martin, *Commentaires sur l'arrêt Lehtonen*, *EJML*, 2000, p. 435.

³³⁷ Et qui donc aurait pu trop facilement prêter le flanc aux critiques.

³³⁸ Outre le fait que, ainsi que l'atteste la réaffirmation dans quelques cas (les arrêts *Svensson* et *Ciola*, par exemple) que les discriminations indirectes ne peuvent être justifiées que par des motifs tirés du traité, cette consécration de la *théorie des entraves* n'a peut-être pas été approuvée par l'ensemble des membres de la Cour.

néerlandais. Mais le juge national ayant demandé à la Cour de justice si la législation en cause créait une *discrimination*, celle-ci ajouta (point 41) qu'il n'était pas nécessaire de se demander en outre si cette législation créait également une discrimination indirecte !³³⁹

Enfin, il convient de ne pas oublier que la conséquence pratique majeure engendrée par cette nouvelle jurisprudence fut de permettre de justifier, au regard du droit communautaire, des réglementations qui, à l'instar de celle en cause dans l'affaire *Kraus*, n'auraient pas résisté à une application stricte du principe de non-discrimination.

En l'état actuel de la jurisprudence, la Cour ne parle généralement plus de mesures nationales discriminatoires, mais de *mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ne pouvant être justifiées que si elles remplissent quatre conditions: s'appliquer de manière non discriminatoire, répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre*³⁴⁰.

1) La discrimination indirecte, une discrimination ?

Pour être compatible avec le traité, la première condition que doit remplir une *entrave*, c'est-à-dire une mesure «rendant moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales»³⁴¹, c'est donc de s'appliquer de manière non discriminatoire. Enoncée pour la première fois dans *Kraus*, cette condition semble, dans la plupart des cas, impossible à remplir, dans la mesure où la mesure nationale qualifiée d'entrave crée une discrimination indirecte souvent manifeste.

Jusqu'à récemment, la Cour se bornait à considérer que les raisons impérieuses invoquées ne pouvaient justifier l'entrave en cause, ou qu'en toute hypothèse les moyens utilisés pour atteindre l'objectif avancé ne respectaient pas le principe de proportionnalité. De manière générale, la question n'était tout simplement pas posée.

Plusieurs affaires récentes ont toutefois clairement montré la réelle ambiguïté de cette condition «d'application non discriminatoire» de la mesure constituant une entrave. Cette ambiguïté est particulièrement mise en évidence dans les conclusions de différents avocats généraux³⁴².

³³⁹ La Cour tint le même raisonnement dans le domaine de la sécurité sociale ; voy. le point 35 de l'arrêt *Sehrer*

³⁴⁰ Voy, par exemple, l'arrêt *Haim I*, point 57.

³⁴¹ Cette définition « théorique » de l'entrave est elle-même juridiquement peu rigoureuse et suppose une appréciation essentiellement subjective !

³⁴² Ainsi dans l'affaire *Bosal Holding*, l'avocat général Alber souligne la « contradiction interne » contenue dans la formulation adoptée par la Cour. Selon lui, « cette contradiction peut seulement être résolue de la manière suivante : la formulation [de l'arrêt *Kraus*] ne peut pas seulement viser les vraies discriminations fondées sur la nationalité, mais également d'autres traitements différenciés qui constituent des entraves à la liberté

Les affaires *Kohll* et *Decker*, de 1998, concernaient la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation nationale, en l'occurrence luxembourgeoise, subordonnant le remboursement de frais médicaux, exposés en dehors du territoire national, à la condition que les traitements médicaux, ou l'achat des produits et/ou accessoires médicaux en question, soient dûment autorisés par l'organisme de sécurité sociale compétent. Cette réglementation créait donc indiscutablement une discrimination³⁴³ à l'encontre des prestataires de services établis dans un autre Etat membre et discriminait les destinataires de services résidant aux Luxembourg et souhaitant exercer leur droit à la libre circulation.

L'avocat général Tesauro, après avoir relevé les incohérences de la jurisprudence, conclut que la Cour devrait « *ou bien déclarer [...] que parmi les mesures formellement discriminatoires s'inscrivent également celles qui indirectement introduisent une inégalité de traitement entre les prestataires de services établis et ceux non établis dans l'Etat membre en question, ou bien confirmer [...] que les mesures qui formellement ne prévoient pas un régime distinct pour les prestataires non établis restent en définitive des mesures indistinctement applicables* » (point 50). Tout en se prononçant pour la seconde option – car elle serait plus conforme à la jurisprudence actuelle – il précisait toutefois qu'il serait utile de repenser cette jurisprudence.

La Cour n'entendit pas l'appel de son avocat général et se contenta d'analyser le motif de protection de la santé publique, tiré du traité, en donnant une interprétation (économique) large de celui-ci.

L'affaire *Überseering* de 2002 concernait la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation allemande déniait, selon la jurisprudence constante du *Bundesgerichtshof*, la capacité d'ester en justice à une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre dont le siège effectif est ensuite transféré en Allemagne. Dans le cadre d'un procès civil, *Überseering* s'était vu refuser le droit d'ester en justice pour obtenir des dommages et intérêts en raison des vices constatés dans l'exécution de travaux, effectués en Allemagne, sur un de ses bâtiments par une société allemande. Cette réglementation créait donc une discrimination évidente à l'encontre des sociétés établies dans les autres Etats membres. Discrimination indirecte néanmoins, dans la mesure où elle s'appliquait

d'établissement. Les vraies discriminations – ne pouvant être justifiées qu'en vertu des exceptions expressément prévues par le traité (...) – ne peuvent exister que si elles sont fondées sur la nationalité ou le siège. Les traitements différenciés fondés sur d'autres critères peuvent, comme d'autres entraves, être justifiés par des raisons impérieuses d'intérêt général » (points 40 et 41 des ses conclusions).

³⁴³ Cette discrimination semblait être directe, puisque fondée sur le lieu d'établissement du prestataire, critère que l'article 49 assimile à la nationalité (voy. l'arrêt *van Wesemael*, point 27). Dans ses conclusions, l'avocat général Tesauro conclut néanmoins au caractère indirect de la discrimination (point 46) en estimant que la restriction était fondée indirectement sur le lieu d'établissement du prestataire. Voy. également C. Barnard, *The Substantive Law* ..., p. 324.

également aux sociétés constituées selon le droit allemand et transférant ultérieurement leur siège effectif hors d'Allemagne³⁴⁴.

L'avocat général Ruiz-Jarabo conclut d'abord à l'existence d'une *restriction* au droit d'établissement. Abordant la question de la justification éventuelle de celle-ci, il affirme que « *la mesure n'est pas discriminatoire en tant que telle. Une société constituée en conformité avec le droit allemand, qui aurait transféré son siège d'administration vers un autre Etat membre, aurait été soumise à un traitement similaire* » (point 49). Il estime par conséquent que la condition « d'application non discriminatoire » est remplie dès lors que la réglementation n'est pas *directement* discriminatoire. L'avocat général ne s'appuie sur aucun arrêt pour étayer son affirmation.

La Cour esquive le problème, mais la rédaction de son arrêt laisse transpirer qu'elle pourrait se montrer disposée à examiner une raison impérieuse avancée pour justifier une réglementation indirectement discriminatoire. Après avoir facilement constaté que cette réglementation créait une *restriction* au droit d'établissement, la Cour examine si elle peut être justifiée. Sur ce point, elle déclare (point 92) qu'il « *ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement* ». Elle ajoute toutefois que pareils objectifs ne peuvent pas justifier une mesure qui équivaut à la négation même de cette liberté (point 93).

L'affaire *Ospelt*, de 2003, concernait une réglementation autrichienne soumettant à des restrictions administratives les transactions portant sur des terrains agricoles et forestiers dans l'intérêt du maintien d'exploitations agricoles de petite taille. L'intéressée, ressortissante du Liechtenstein³⁴⁵, voulut céder à une fondation, dont elle était bénéficiaire de premier rang, un terrain dont elle était propriétaire dans le Voralberg. Sa demande fut rejetée au motif qu'elle n'exploitait pas elle-même ce terrain. Il ressort des faits présentés à la Cour qu'un même refus aurait été opposé à un ressortissant autrichien n'habitant pas dans le Voralberg. Dans l'arrêt *Commission c. Italie* (« marchés publics 1 » - C-3/88) de 1989, la Cour a qualifié de discrimination indirecte une mesure opérant de façon similaire. En revanche, dans l'arrêt *Gouda* de 1991, elle a préféré qualifier d'entrave ce genre de mesure. Plus récemment, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs et des personnes, elle a considéré, à deux reprises, que ce type de mesures crée une discrimination indirecte³⁴⁶. Il paraît donc encore une fois indéniable que la

³⁴⁴ Il me paraît que cette réglementation aboutissait même à *nier* le droit d'établissement, la capacité d'ester en justice constituant un élément consubstantiel de l'exercice d'un tel droit.

³⁴⁵ Formellement, c'est donc le droit à la libre circulation conféré par le traité sur l'Espace économique européen qui était concerné, mais la solution est parfaitement transposable *mutatis mutandis* au droit à la libre circulation des ressortissants des autres Etats membres ; voy. points 25 à 29 de l'arrêt.

³⁴⁶ Arrêts *Angonese*, point 41 et *Commission c. Italie* (« accès aux musées » - C-388/01), point 14. Elle a conclu également en ce sens dans le domaine de la libre circulation des marchandises ; voy. l'arrêt *Du Pont de Nemours*

mesure en cause était indirectement discriminatoire. En effet, même si une partie non négligeable de nationaux était défavorisée par cette réglementation, il n'en demeure pas moins que pratiquement seuls des ressortissants nationaux en bénéficiaient.

L'avocat général Geelhoed ne partage pas cette appréciation, mais la manière dont il formule son approche est déconcertante : « *D'après une jurisprudence constante, seules les mesures nationales qui entraînent une différence de traitement fondée sur la nationalité sont considérées formellement comme étant discriminatoires. Si, en revanche, une réglementation est appelée à s'appliquer à toutes les personnes concernées qui exercent l'activité en cause sur le territoire d'un Etat membre déterminé, elle est considérée comme n'ayant pas des applications différentes, quand bien même prévoirait-elle explicitement une condition de résidence ou d'établissement. En outre, des mesures nationales peuvent néanmoins avoir des effets discriminatoires bien qu'elles ne s'appliquent pas de façon différente* » (point 124). Non seulement il ne semblait pas exister de « jurisprudence constante » confirmant cette appréciation, mais, en outre, pareil raisonnement revient à dénaturer complètement la notion de discrimination élaborée par la Cour pendant trente ans ; il est à cet égard inconciliable avec la jurisprudence *Commission c. Italie* (C-3/88) et *Angonese* ! La Cour confirme pourtant cette appréciation en jugeant que la législation « *n'effectue aucune distinction entre les nationaux et les ressortissants d'autres États membres de la Communauté* » (point 37).

L'affaire *Commission c. France* (« laboratoires d'analyses » - C-496/01), de 2004, portait sur l'obligation faite aux laboratoires d'analyses de biologie médicale établis dans d'autres Etats membres d'avoir leur siège d'exploitation sur le territoire français afin d'obtenir l'autorisation de fonctionnement nécessaire. La réglementation française litigieuse créait donc une discrimination patente. Il pourrait même être soutenu que cette discrimination était directe³⁴⁷.

L'avocat général Mischo estime néanmoins que la discrimination, qu'il estime également incontestable, n'est qu'indirecte, dans la mesure où la réglementation ne comporte aucune référence à la nationalité des sociétés ou des personnes souhaitant effectuer une prestation de services en France (point 78). Ayant conclu à l'existence d'une *restriction* à la libre prestation de services, il se demande toutefois si le fait que cette réglementation crée une discrimination *indirecte*, signifie nécessairement que la première condition posée par l'arrêt *Gebhard*³⁴⁸ n'est pas remplie et que donc la restriction est

Italiana, point 13. Il est intéressant de noter que dans ce dernier arrêt la Cour a en outre expressément constaté que des raisons impérieuses ne pouvaient justifier une mesure indirectement discriminatoire !

³⁴⁷ En déclarant dans son arrêt (point 65) que la réglementation française « rend impossible » en France la prestation de service par un laboratoire ayant son siège d'exploitation dans un autre Etat membre, la Cour semble confirmer ce point de vue, mais elle se contente cependant de conclure à l'existence d'une *restriction* à la libre prestation des services.

³⁴⁸ *Gebhard* a posé dans le domaine du droit d'établissement les mêmes principes que ceux dégagés dans *Kraus* pour la libre circulation des travailleurs.

contraire au droit communautaire (point 79). La « raison impérieuse » invoquée étant la protection de la santé publique, soit un motif visé expressément par le traité, cela lui permet de ne pas se prononcer sur la question³⁴⁹. La Cour suit le même raisonnement.

L'affaire *Danner* portait sur la non-déductibilité des cotisations d'assurance retraite volontaire lorsque celle-ci est souscrite en dehors de la Finlande³⁵⁰.

L'avocat général Jacobs conclut d'abord à l'existence d'une *entrave* à la libre prestation (destination) de services. S'interrogeant ensuite sur la possibilité même d'invoquer des raisons impérieuses pour justifier une mesure ouvertement discriminatoire, il constate tout d'abord les incertitudes nées de la jurisprudence et appelle la Cour à y mettre un terme (points 35 à 39). Il estime, quant à lui, qu'il ne serait « *pas judicieux de défendre des arguments différents selon que la mesure est discriminatoire (directement ou indirectement) ou qu'elle implique une restriction non discriminatoire de la prestation de services. Une fois admis qu'il est possible d'invoquer des justifications autres que celles énoncées dans le traité, il ne semble pas fondé d'appliquer une catégorie de motifs justificatifs aux mesures discriminatoires et une autre catégorie aux restrictions non discriminatoires* » (point 40)^{351 352}.

Se bornant à constater l'existence d'une restriction, la Cour suit³⁵³ la suggestion de son avocat général et examine en détail, pour les rejeter, toutes les raisons impérieuses avancées par la Finlande. Il ne peut donc pas être affirmé qu'elle a, comme le souhaitait cet avocat général, dissipé les ambiguïtés, confusions et incertitudes découlant de sa jurisprudence !

L'arrêt rendu dans l'affaire *Gambelli* en 2003 - pourtant par la Cour en formation plénière - paraît dès lors difficile à réconcilier avec cette tendance jurisprudentielle récente. Cette affaire portait sur la

³⁴⁹ Le même avocat général n'exprima pas les mêmes hésitations dans l'affaire *de Lasteyrie du Saillant*, dans laquelle il présenta ses observations trois mois plus tôt. Constatant que la législation française en cause instaurait le principe d'une imposition, à la date du transfert du domicile d'un contribuable hors de France, des plus-values de droits sociaux, il affirme (point 40) que cette législation est « manifestement discriminatoire », mais conclut à l'existence d'une *restriction* à la liberté d'établissement et examine sans réserve les raisons impérieuses avancées pour justifier celle-ci. La Cour de justice évoque seulement l'existence d'une restriction et examine, pour les rejeter, les raisons impérieuses présentées.

³⁵⁰ Les faits étaient donc fort similaires à ceux de l'affaire *Bachmann*. C'est pourquoi la Commission avait aussi invité la Cour à analyser ceux-ci sous l'angle de l'article 39 du traité, bien que le juge national de renvoi n'ait pas mentionné cette disposition dans sa question préjudicielle. L'avocat général Jacobs rejeta cette suggestion, et n'examina cette question que sous l'angle de l'article 49 et du lieu d'établissement du prestataire.

³⁵¹ Ce faisant, il s'opposait implicitement à l'opinion inverse soutenue avec fermeté par l'avocat général Tesauro dans l'arrêt *Kohll* (point 50).

³⁵² L'avocat général Jacobs a défendu une position identique dans le domaine de la libre circulation des marchandises dans l'affaire *Preussen Elektra* (point 227).

³⁵³ Dans ses conclusions dans l'affaire *Lindman*, l'avocat général Stix-Hackl considère au contraire (point 71) qu'il ne peut être tiré de l'arrêt que la Cour a suivi l'invitation de l'avocat général Jacobs. Elle est toutefois obligée de constater que la Cour a, précisément, évité de qualifier expressément la mesure litigieuse de discriminatoire.

collecte de paris sur les événements sportifs en Italie. Aucun organisme n'avait reçu d'homologation pour l'exercice de cette activité, sauf celui détenant le monopole dans ce domaine. La Cour conclut d'abord (point 59) à l'existence d'une restriction, tant au droit d'établissement qu'à la libre prestation de services, même si, dit-elle, cette restriction s'applique indistinctement aux opérateurs italiens et étrangers. Examinant ensuite si des raisons impérieuses peuvent justifier cette restriction, la Cour déclare (point 71) qu'il appartiendra au juge national « *d'examiner si les conditions de participation aux appels d'offres pour les concessions en vue de l'exploitation des paris sur des événements sportifs sont fixées de telle manière qu'elles peuvent être remplies en pratique plus facilement par les opérateurs italiens que par les opérateurs étrangers. Dans une telle hypothèse, ces conditions ne respecteraient pas le critère de la non-discrimination* ». Cette affirmation paraît juridiquement correcte. Néanmoins, elle n'est pas cohérente avec les autres arrêts examinés *ci-dessus*, puisque la Cour semble considérer que ne remplit pas la condition d'une application non discriminatoire, la législation qui est seulement *indirectement* discriminatoire³⁵⁴.

En l'état actuel de la jurisprudence, la situation semble donc être la suivante.

Lorsque la Cour choisit de qualifier d'*entrave* une mesure créant une discrimination indirecte, elle s'oblige, selon sa jurisprudence *Kraus – Gebhard*, à n'examiner les raisons impérieuses pouvant justifier cette mesure que si, au préalable, elle a constaté que celle-ci s'applique de manière non discriminatoire. Constat le plus souvent impossible à faire puisque la mesure en cause est manifestement indirectement discriminatoire. Pour éviter cet écueil, plusieurs avocats généraux ont donc *réinventé* le concept de discrimination, ou plus exactement ont donné – sans chercher à fournir la moindre justification ou motivation théorique à cette dénaturation du concept³⁵⁵ – un sens particulier à celui-ci lorsqu'il s'agit d'apprécier l'application non discriminatoire d'une mesure entravante. Dans ce contexte, le concept de discrimination ne viserait que les seules mesures créant une discrimination directe.

La confusion et l'ambiguïté créées par ce courant de jurisprudence, par lequel la Cour choisit de qualifier d'entraves les mesures nationales créant des discriminations indirectes manifestes, sont encore accrues par la jurisprudence dans laquelle la Cour qualifie des mesures similaires de discriminations indirectes et non pas d'entraves.

2) La justification de la discrimination indirecte, le chaos de la méthode casuistique

³⁵⁴ Dans ses conclusions, l'avocat général Alber (point 94) évoque aussi l'existence d'une discrimination indirecte « qui est également interdite par le droit communautaire ».

³⁵⁵ Sauf peut-être l'avocat général Alber dans *Bosal Holding*. Il admet cependant que la seule justification à cette relecture du concept est la nécessité de trouver une porte de sortie face à la contradiction interne de la jurisprudence de la Cour.

Durant la dernière décennie, la Cour de justice a adopté une approche casuistique pour interpréter le concept de discrimination indirecte dans le domaine de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services.

Tout d'abord, il paraît impossible d'établir une typologie fiable de ses arrêts en fonction d'un critère valable systématiquement et qui expliquerait pourquoi, dans certains arrêts, la Cour choisit de qualifier d'entrave une mesure créant une discrimination indirecte manifeste ou de qualifier, dans un autre arrêt, de discrimination indirecte une mesure tout à fait similaire. Il semble que ni la matière concernée – fiscalité, sécurité sociale, droit d'établissement – ni la liberté en cause – des personnes ou des services – ne joue un rôle prépondérant. Il semble plutôt que ce « choix » soit fonction de la Chambre de la Cour en charge de l'affaire, des opinions personnelles du juge rapporteur, de la circonstance que la juridiction de renvoi interroge la Cour sur l'existence d'une entrave ou plutôt sur celle d'une discrimination, ou du fait que les parties intervenantes attirent plutôt son attention sur la notion d'entrave ou le concept de discrimination !

L'analyse de la jurisprudence semble en outre témoigner de ce que le passage vers la théorie des entraves n'a pas réussi à emporter l'adhésion de tous les juges. Plusieurs avocats généraux ont fait la même constatation. Ainsi, l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Danner* déclare que si « *dans la plupart des affaires récentes* » (point 36) la Cour a appliqué cette théorie, un autre pan de jurisprudence donne l'impression contraire, et il constate que « *la Cour n'a jamais formellement renoncé à ce principe [de la jurisprudence traditionnelle]. Au contraire, elle continue à s'y référer dans des arrêts marquants* » (point 35). De son côté, l'avocat général Stix-Hackl constate, dans l'affaire *Lindman*, que « *l'on ne peut déduire de critères de distinction clairs à partir de la jurisprudence* » (point 73).

La remarque de l'avocat général Jacobs est illustrée par la variété des raisonnements de la Cour lorsqu'elle choisit d'examiner sous l'angle de la discrimination indirecte, et non pas de l'entrave, des mesures nationales créant une telle discrimination indirecte.

Tous les arrêts mènent toutefois à la même conclusion : la Cour admet aujourd'hui sans réserve que des raisons impérieuses peuvent justifier des mesures indirectement discriminatoires³⁵⁶ ; seul le

³⁵⁶ L'arrêt *Ciola* de 1999, rendu par la II^e Chambre, fait figure d'exception. Dans cette affaire concernant la restriction du nombre des emplacements de mouillage susceptibles d'être attribués à des propriétaires de bateaux non résidents opérée par une réglementation autrichienne, la Cour constate que bien que n'étant pas fondée sur la nationalité, cette réglementation n'en crée pas moins une discrimination indirecte en fonction de la résidence. Elle en conclut dès lors que cette discrimination ne pourrait être sauvée que par un motif tiré du traité et non par les raisons impérieuses avancées par le gouvernement autrichien (points 14. à 17). En revanche, dans l'arrêt *Commission c. Italie* (« accès aux musées » - C-388/01), la VI^e Chambre constate elle aussi une discrimination indirecte dans la mesure où les avantages tarifaires sont réservés aux seuls résidents sur le territoire des

raisonnement varie³⁵⁷. Parfois, la Cour essaie de maintenir l'illusion qu'elle applique toujours la « jurisprudence traditionnelle ». Dans ces arrêts, elle aboutit d'abord à une première conclusion que la mesure nationale défavorise les ressortissants des autres Etats membres et qu'elle devrait donc être jugée contraire au traité. *Il n'en irait autrement*, précise-t-elle, que si cette mesure pouvait être justifiée par une raison impérieuse. Ce n'est qu'après cet examen qu'elle conclut formellement à l'incompatibilité avec le traité^{358 359}.

collectivités gérant le musée, mais conclut pourtant expressément qu'il convient donc d'examiner les raisons impérieuses avancées au soutien de ces derniers (points 14 et 21).

³⁵⁷ S. O'Leary et J.M. Fernández-Martin, « Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law*, 2002, OUP, pp. 163 et 172, soulignent également la variété des raisonnements adoptés par la Cour et les inconvénients d'une telle approche.

³⁵⁸ Voy., par exemple, dans l'article 39 : l'arrêt *Clean Car* et dans l'article 43 : l'arrêt *Allemagne c. Commission* (« mesures fiscales en faveur des investissements » - C-156/98). Voy. également l'arrêt *Öztürk*, concernant l'accord d'association avec la Turquie, dans lequel l'examen de la raison impérieuse avancée (point 66) intervient après le constat que la législation autrichienne crée une *inégalité de traitement*.

³⁵⁹ Ce courant de jurisprudence pourrait peut-être s'expliquer par le fait que dans l'arrêt *O'Flynn*, la Cour a essayé de formuler un nouveau raisonnement sur la manière d'aboutir au constat d'une discrimination indirecte. Dans cette affaire, l'intéressé, ressortissant irlandais, souhaitait obtenir des autorités britanniques une indemnité funéraire pour faire inhumer son fils en Irlande. Sa demande fut rejetée au motif que l'inhumation avait lieu hors du Royaume-Uni. La solution à apporter à la question posée à la Cour de savoir si ce refus constituait une discrimination interdite par le règlement 1612/68 paraissait évidente si l'on suit le raisonnement tenu avant la jurisprudence *Allué-Bachmann* et que l'on applique à la lettre le traité. La réglementation britannique créait une discrimination indirecte à l'encontre des ressortissants non britanniques ; elle ne pouvait être justifiée par un motif tiré de l'article 48 paragraphe 3 ; elle était donc interdite par le droit communautaire. Ni l'avocat général ni la Cour ne vont suivre ce raisonnement. L'avocat général Lenz estime d'abord que la législation britannique « est contraire à l'interdiction de discrimination à raison de la nationalité prévue à l'article 7, paragraphe 2, du règlement 1612/68 ». Mais il en conclut, en renvoyant à la jurisprudence *Kraus*, qu'elle ne serait compatible avec le droit communautaire que pour autant qu'elle soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Or ainsi que rappelé *ci-dessus*, la Cour avait refusé dans cet arrêt de raisonner en termes de discrimination, précisément pour pouvoir examiner les raisons impérieuses qui lui étaient soumises ! La Cour suit un chemin différent. Elle rappelle d'abord que le droit communautaire regarde comme indirectement discriminatoires les mesures formellement indistinctement applicables qui risquent de jouer en particulier au détriment des travailleurs migrants. Or tel était à l'évidence le cas de la mesure britannique, ainsi que l'avait abondamment expliqué l'avocat général. Logiquement, la Cour aurait donc dû formuler en termes exprès ce qu'elle venait de démontrer, à savoir que la mesure britannique créait une discrimination. A l'inverse, elle déclare (point 19) qu'une mesure ne sera pas regardée comme indirectement discriminatoire si elle est justifiée par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés et si elle est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi. Pareille déclaration laisse perplexe. Tout d'abord, la Cour s'appuie explicitement sur l'arrêt *Bachmann*, dans lequel l'examen des raisons impérieuses suit la constatation de l'existence d'une discrimination. Ensuite, la déclaration de la Cour pourrait laisser penser qu'elle cherche à se dédouaner de l'arrêt *Bachmann*, généralement critiqué par la doctrine, et qu'elle raisonne à l'intérieur du principe d'égalité, l'usage des termes « considérations objectives » et non de l'expression « raisons impérieuses » confortant cette impression. Mais cette apparence est trompeuse. Dans le cadre d'une stricte application du principe d'égalité, elle aurait dû d'abord vérifier si les nationaux et les ressortissants des autres Etats membres étaient placés dans une même situation (ce qui était le cas), constater ensuite l'existence d'un traitement différent (ce qui était le cas également), puis examiner si une circonstance objective justifiait cette différence de traitement. Or, elle commence par constater que la mesure litigieuse affecte en particulier les ressortissants des autres Etats membres, ce qui, dans sa jurisprudence traditionnelle, impliquait déjà nécessairement la reconnaissance de l'existence d'une discrimination et donc d'une mesure interdite par le traité. Ce n'est qu'ensuite qu'elle examine si cette mesure poursuit un *objectif légitime*. En réalité donc, la Cour continue à appliquer sa jurisprudence *Bachmann*, tout en « faisant comme si » elle mettait en oeuvre le principe d'égalité. Ce faisant, elle s'écarte encore plus de sa jurisprudence des années septante et quatre-vingt. Dans la jurisprudence *Bachmann*, les raisons impérieuses servent à justifier une discrimination. Avec l'arrêt *O'Flynn*,

Dans d'autres arrêts au contraire, elle ne s'inquiète plus de maintenir cette illusion et conclut directement à l'existence d'une discrimination indirecte *avant* d'examiner les raisons impérieuses pouvant justifier celle-ci³⁶⁰. Le plus souvent pourtant, il n'est pas réellement possible de déterminer lequel des ces deux raisonnements est appliqué. La Cour utilise un libellé, tel que « *la mesure est susceptible de* » constituer une discrimination, qui ne permet pas de déterminer avec certitude si son examen des raisons impérieuses est antérieur ou postérieur au constat de l'existence d'une discrimination déguisée³⁶¹.

En l'état actuel du droit communautaire, nous nous trouvons donc devant une situation quelque peu paradoxale. Lorsque la Cour choisit de qualifier d'*entrave* une mesure créant pourtant une discrimination indirecte, la jurisprudence *Kraus-Gebhard* commande que les raisons impérieuses pouvant justifier cette entrave ne puissent être examinées que pour autant que la mesure entravante s'applique de manière non discriminatoire. Pour contourner cette condition, plusieurs avocats généraux, et la Cour à leur suite, ont dénaturé le concept de non-discrimination pour le réduire, dans cette situation, au seul cas de la discrimination ouverte, formelle. A l'inverse, lorsqu'elle choisit de qualifier de *discrimination indirecte* une mesure créant effectivement une telle discrimination, l'examen des raisons impérieuses n'est plus soumis à aucune condition. En définitive, les deux voies choisies aboutissent au même résultat³⁶², mais aucun arrêt n'a jamais expliqué pourquoi telle voie est

des mesures qui dans la jurisprudence des années septante et quatre-vingt (qu'elle cite expressément - point 18) et même dans l'arrêt *Bachmann* étaient jugées discriminatoires ne le sont plus que si elles ne peuvent être justifiées par des raisons impérieuses ! S. O'Leary et J.M. Fernández-Martin (p. 172) notent également cette inversion dans le raisonnement de la Cour.

³⁶⁰ Voy., par exemple, dans l'article 12 : les arrêts *Bickel et Pastoors* ; dans l'article 39 : les arrêts *Commission c. Grèce* (« reconnaissance des périodes » - C-187/96) et *Wallentin*, points 20 et 21, ainsi que les conclusions, encore plus explicites de l'avocat général Léger (point 39 : « *il convient à présent d'examiner si une telle discrimination indirecte peut être justifiée* »). Dans l'arrêt *Commission c. Belgique* (« allocations d'interruption de carrière » - C-469/02), elle conclut formellement à l'existence d'une *discrimination indirecte*, puis parle d'absence de motif de nature à justifier « *pareille entrave* » (point 15) ; et dans l'article 49 l'arrêt *Laboratoire Fournier*, points 16 et 19.

³⁶¹ Voy., par exemple, dans l'article 12 : l'arrêt *Ferlini*, dans l'article 39 : les arrêts *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, *Angonese* et *Zurstrassen* et dans l'article 52 : l'arrêt *Baars*.

³⁶² La confusion est telle que certains avocats généraux semblent avoir perdu tout repère. « *Conformément à une jurisprudence récente de la Cour, une législation nationale, entrant dans le champ d'application de l'article [39] du traité et de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68, qui empêche ou dissuade un ressortissant d'un État membre de quitter son pays pour exercer son droit à la libre circulation, est considérée comme contraire à l'article [39] du traité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il existe une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Il paraît résulter de cette jurisprudence que le cas où une législation nationale empêche ou dissuade les travailleurs d'exercer leur droit à la libre circulation est différent de celui où il existe une discrimination indirecte fondée sur la nationalité dans le cadre de l'exercice de ce même droit. Plus précisément, il semble que, dans le premier cas, le champ d'application soit plus large que dans le second et que l'on se fonde sur une simple présomption* », conclusions de l'avocat général Cosmas, point 60 dans *Ferlini* ; « *L'autorisation est exigée à la fois des opérateurs d'autres États membres et des Italiens, elle n'a donc pas en soi un caractère discriminatoire. Néanmoins, cette condition limite en règle générale plus les services fournis à partir d'autres États membres car les opérateurs sont alors doublement réglementés, à la fois dans l'État d'origine et dans l'État membre de la prestation de service. Toutefois, il manque à cette condition l'intention discriminatoire spécifique parce que - contrairement à l'obligation de résidence - les prestataires de services nationaux doivent aussi la remplir* » ; « *L'obligation concerne tant les opérateurs italiens que ceux des autres États membres, de sorte*

choisie plutôt que l'autre, aucun arrêt n'a jamais fourni la moindre motivation de la dénaturation du concept de discrimination, aucun arrêt n'a même jamais expliqué la nécessité de l'existence de deux voies distinctes pour aboutir à la même conclusion !³⁶³

Le seul enseignement clair de cette double jurisprudence est que, *a contrario*, les mesures entravantes distinctement applicables ou les discriminations directes ne sont justifiables que par les motifs expressément prévus par le traité. L'examen de la jurisprudence récente sur les discriminations directes montre pourtant que celles-ci, aussi, peuvent être justifiées par des raisons impérieuses.

3) La justification de la discrimination directe par une raison impérieuse

A partir de 1994, progressivement et essentiellement dans le domaine de la fiscalité des entreprises³⁶⁴, la Cour va, le plus souvent implicitement, accepter d'examiner les raisons impérieuses avancées pour justifier des discriminations directes fondées sur la nationalité³⁶⁵ ou le lieu du siège de l'entreprise³⁶⁶.

qu'elle n'est pas appliquée de façon discriminatoire. Il pourrait toutefois y avoir une discrimination cachée dans le fait que les opérateurs résidant dans un autre État membre ont de façon caractéristique des frais plus élevés dans la situation décrite plus haut. Mais il manque l'intention discriminatoire spécifique parce que, pour d'autres motifs économiques, il peut être tout aussi difficile aux opérateurs nationaux de respecter le prix maximum imposé, de sorte qu'ils sont tout aussi exposés à cette obligation », points 34 et 46 des conclusions de l'avocat général Alber dans *Commission c. Italie* (« activité de consultant » - C-263/99). Ces opinions sont, à tout le moins, déconcertantes !

³⁶³ B.J. Drijber, « Les communications commerciales au carrefour de la dérégulation et de la réglementation », *C.D.E.*, 2003, pp.535 et 560, voit quand même un double avantage dans cette jurisprudence de la Cour sur la notion de « indistinctement applicable ». D'une part, élargir la voie de justification permettrait de maintenir un chemin d'entrée, c'est-à-dire de mesures susceptibles d'être appréhendées par le droit communautaire, également large. D'autre part, la prise en compte d'un nombre accru d'intérêts généraux permettrait d'arriver à des solutions acceptables dans chaque cas individuel ; selon ses termes « le contrôle judiciaire peut rester large dans sa portée et flexible dans son exercice ». Ce point de vue résume bien l'approche casuistique de la Cour durant cette dernière décennie. Une telle appréciation positive est discutable. Le double avantage supposé – mais la plupart des soi-disant entraves sont en réalité des discriminations indirectes, de sorte que cette jurisprudence a beaucoup plus élargi la voie de sortie qu'elle n'a maintenu une entrée large – paraît être largement contrebalancé par l'insécurité juridique croissante née de cette méthode casuistique et des incohérences manifestes qu'elle a engendrées. En outre, avec pareille attitude, la Cour tend à négliger une approche juridique pour s'arroger un rôle plus politique en ne faisant plus dépendre le constat d'une incompatibilité avec le droit communautaire que de son opinion que les moyens utilisés pour atteindre la raison impérieuse, qu'elle estime légitime, ne respectent pas le principe de proportionnalité. Ce faisant, la Cour ne s'auto-investit-elle pas d'une certaine discrétion appartenant en principe au seul législateur ?

³⁶⁴ M. Tison, « Unravelling the General Good Exception : The Case of Financial Services », in *Services and Free Movement in EU Law*, pp. 321 et 339; R. Lyal, « Non-discrimination and direct tax in Community Law », *EC Tax Review*, 2003, p. 68.

³⁶⁵ La Cour a étendu, en 1997 dans l'arrêt *Stöber*, le champ d'application des articles 39 et 43 aux discriminations entre nationaux, selon qu'ils ont ou non exercé leur droit à la libre circulation. Cette « nouvelle » discrimination semble pouvoir être qualifiée de *directe*, puisque les mesures nationales en cause traitent différemment des *nationaux* selon une condition les distinguant de manière expresse. Dans un arrêt de sécurité sociale de 2005, la Cour semble néanmoins avoir indiqué que ce critère de différenciation ne créerait qu'une discrimination indirecte (arrêt *Salgado Alonso*, point 36).

Dans ces situations aussi, la Cour accepte que ces discriminations puissent être justifiées par des raisons impérieuses, voy, par exemple, arrêts *Schilling*, points 36 et 41 (personnes physiques) et *Amid* (personnes

Dans l'affaire *Commerzbank*, elle juge (point 15) que la mesure britannique - accordant des majorations de remboursement des impôts indus aux sociétés ayant leur résidence fiscale dans cet Etat et les refusant aux sociétés ayant leur résidence fiscale dans un autre Etat membre - *risque de jouer plus particulièrement au détriment* des sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre. En réalité, cette mesure créait une réelle discrimination directe³⁶⁷. Elle examine ensuite ce que l'Etat défendeur présentait comme une explication de la différence de traitement (point 16 - les sociétés nationales et étrangères sont traitées différemment parce qu'elles sont, au regard de l'impôt sur les sociétés, dans une situation différente). Elle rejette cet argument (point 18) au seul motif que la mesure nationale comporte une « inégalité de traitement » puisque la société étrangère est défavorisée. Le point 18 semble donc indiquer que la déclaration faite au point 15 constituait déjà, en fait, la constatation d'une discrimination puisqu'il ne fait que répéter, en d'autres mots, cette déclaration. Pourtant ce n'est qu'au point 19 qu'elle déclare formellement que la « règle est donc discriminatoire ». L'impression laissée par la motivation de l'arrêt est renforcée par la lecture du dispositif dans lequel elle dit pour droit que l'article 43 du traité fait obstacle à la mesure britannique *puis* déclare que la circonstance invoquée pour justifier cette mesure est « sans incidence ».

L'arrêt *Halliburton* est déjà plus explicite. La Cour constate (point 20) que la mesure néerlandaise - excluant les sociétés, constituées conformément au droit d'un autre Etat membre, de l'exonération de taxes lors de l'acquisition de biens immobiliers - crée une discrimination directe en raison de la nationalité prohibée par l'article 43. Selon les règles du traité, une telle discrimination directe n'aurait donc pu être justifiée que par une des trois réserves inscrites à l'article 46. La Cour examine pourtant l'argument présenté par les Pays-Bas, soit l'incapacité de l'administration fiscale de contrôler l'équivalence entre les formes juridiques des sociétés.

Dans l'affaire *Bosman*, la Cour devait, notamment, se prononcer sur la compatibilité avec l'article 39 CE des clauses de nationalité édictées par les fédérations sportives. Ces clauses ont pour objectif de limiter le nombre de joueurs non nationaux pouvant être alignés durant un même match d'une compétition organisée par une fédération. Le caractère ouvertement discriminatoire de cette clause ne

morales). Dans cette dernière affaire, la Cour esquive la difficulté en constatant que la Belgique n'a pas réellement invoqué de raison impérieuse au soutien de sa réglementation. Néanmoins, la structure de son arrêt semble montrer qu'elle était prête à examiner toute raison impérieuse présentée par la Belgique, voy. le point 32 de l'arrêt.

³⁶⁶ Le siège d'une entreprise, au sens de l'article 48 CE, sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre, voy. *Commission c. France* (« avoir fiscal » - 270/83), point 18.

³⁶⁷ C. Barnard, *The Substantive Law ...*, pp 327 et 328, rappelle que si dans le cadre du droit d'établissement des personnes physiques, une différence de traitement fondée sur la résidence constitue une discrimination *indirecte*, une même différence de traitement constitue une discrimination *directe* dans le cadre du droit d'établissement des personnes *morales*, puisque dans leur cas leur résidence coïncide avec leur siège.

pouvait donc être plus clair. Les termes utilisés par la Cour sont pourtant assez surprenants³⁶⁸. Elle rappelle (point 117), que la discrimination fondée sur la nationalité est expressément interdite par l'article 39, paragraphe 2. Or, elle fait précéder son analyse des termes « quant à l'existence d'une entrave ». Pour justifier cette *entrave*, les fédérations sportives avaient invoqué des motifs qu'elles présentaient comme étant non économiques et intéressant uniquement le sport en tant que tel, la Cour ayant admis, dans l'arrêt *Walrave*, que l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité ne s'étend pas aux discriminations étrangères à l'activité économique. Mais si l'on examine de plus près ces motifs, on se rend compte qu'au moins deux d'entre eux avaient une forte connotation économique³⁶⁹. La Cour aurait donc pu refuser de les examiner.

Progressivement, cette jurisprudence va se faire de plus en plus fréquente³⁷⁰. Dans l'affaire *Commission c. Italie*, (« activités de courtage » - C-101/94), la réglementation italienne litigieuse créait une discrimination fondée sur le siège social des sociétés³⁷¹. L'Italie essaya néanmoins de convaincre la Cour que sa législation ne violait pas le traité en présentant des arguments très différents : les sociétés nationales et étrangères ne seraient pas dans une situation comparable, la différence de traitement serait objectivement justifiée, vu l'impossibilité de surveiller et de sanctionner les courtiers établis dans un autre Etat membre, la législation serait sauvée par un objectif d'ordre public. Les deux premiers arguments s'inscrivent dans le contexte d'une application du principe d'égalité et le troisième permet de sauver une discrimination en principe contraire au traité. La Cour les examine les uns à la suite des autres sans donner l'impression de noter que leur examen doit en principe intervenir à des stades différents de son raisonnement.

Dans l'affaire *Futura Participations*, la réglementation luxembourgeoise refusait qu'un contribuable non résident puisse reporter une perte dans sa déclaration d'impôt³⁷². La Cour admet (point 25) que la législation luxembourgeoise impose une condition frappant *spécifiquement* les sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre et crée donc une discrimination directe justifiable uniquement au titre de l'article 46 du traité. Et pourtant elle poursuit en estimant qu'elle ne serait pas contraire au traité si elle poursuivait un objectif légitime et se justifiait par une raison impérieuse, en renvoyant à sa jurisprudence *Kraus-Bosman-Gebhard*. Elle applique donc cette dernière même dans

³⁶⁸ S. Robin-Olivier (p. 265) parle même d'évolution « inquiétante ».

³⁶⁹ Voy. les points 134 (réduction des chances pour les nationaux de trouver un emploi) et 135 (empêcher les clubs les plus riches d'engager les meilleurs joueurs) de l'arrêt. Dans le même sens, voy G. Parléani, « Un an après l'arrêt Bosman : que faire du foot en droit communautaire ? », *La Semaine Juridique*, 1997, I, pp. 318 et 320.

³⁷⁰ Il ne peut donc plus être soutenu, comme le fait S. Robin-Olivier (p.300), que cette jurisprudence est isolée.

³⁷¹ En réservant les activités de courtage en valeurs mobilières aux sociétés qui ont leur siège social en Italie.

³⁷² En réalité, la législation et les faits étaient bien plus complexes, mais leur présentation détaillée n'est pas utile ici ; voy. les points 2 à 12 de l'arrêt.

des cas où elle ne s'appuie pas préalablement sur le concept d'entrave et va en outre plus loin que dans la jurisprudence *Bachmann* qui ne concernait que des discriminations déguisées³⁷³.

L'arrêt *Hayes* conforte, dans le domaine d'application de l'article 12 du traité, l'impression laissée par cette jurisprudence. La Cour accepte d'examiner si une réglementation suédoise obligeant les seuls ressortissants étrangers à constituer une *cautio judicatum solvi* lorsqu'ils entendent agir en justice à l'encontre d'un ressortissant suédois peut néanmoins être justifiée³⁷⁴.

Cette jurisprudence n'a fait que s'étendre récemment. Dans l'affaire *ICI*, la législation britannique utilisait le critère du siège des filiales contrôlées pour instaurer un traitement fiscal différencié des sociétés de consortium établies au Royaume-Uni ; elle réservait l'octroi de l'avantage fiscal que constitue le dégrèvement de consortium aux seules sociétés contrôlant uniquement ou principalement des filiales ayant leur siège sur le territoire national. La discrimination directe étant donc patente. Elle examine pourtant les raisons impérieuses avancées au soutien de cette réglementation³⁷⁵.

Dans l'affaire *Saint-Gobain*, de 1999, la question était de savoir si le droit communautaire s'oppose à ce qu'un établissement stable, situé en Allemagne et exploité par une société de capitaux ayant son siège dans un autre Etat membre, ne bénéficie pas, dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés de capitaux ayant leur siège en Allemagne, de certains avantages fiscaux. Une fois encore, la discrimination en fonction du siège de l'entreprise était patente. La Cour ne parle toutefois pas de discrimination directe, mais d'exercice moins attrayant du droit d'établissement. Elle examine ensuite toutes les raisons impérieuses avancées au soutien de cette législation *entravante*. Il est à cet égard intéressant de noter que la Cour de justice s'écarte en outre de sa jurisprudence *Kraus – Gebhard* sur la justification des entraves. En vertu de celle-ci, elle aurait dû, avant d'examiner les raisons impérieuses, examiner si la réglementation entravante s'applique de manière non discriminatoire. Même à l'aune du concept dénaturé de discrimination appliqué dans la jurisprudence *Überseering* (voy. ci-dessus), elle aurait été contrainte de constater que tel n'était pas le cas !

Cette position ambiguë³⁷⁶ fut pourtant confirmée, en 2002, dans l'arrêt *X et Y*. Etait en cause une réglementation suédoise consacrant une différence de traitement consistant à refuser, au cédant, le bénéfice d'un report de l'impôt sur les plus-values réalisées sur les actions cédées à perte, entraînant ainsi pour lui un désavantage de trésorerie, lorsque la société cessionnaire, dans laquelle le cédant

³⁷³ V. Hatzopoulos, dans ses commentaires de cet arrêt, *CMLRev*, 1998, p. 493 formule la même critique (p. 506) et suggère que la formulation de cet arrêt souligne la lutte entre les membres de la Cour de justice à propos de l'abandon de la référence à la notion de discrimination pour ne plus retenir que celle d'entrave (p. 500).

³⁷⁴ Dans le même sens, voy aussi les arrêts *Data Delecta* et *Saldanha*.

³⁷⁵ Risque d'évasion fiscale et compensation pour la réduction d'impôt résultant du dégrèvement des pertes des filiales résidentes par l'imposition des bénéfices des filiales situées hors du Royaume-Uni.

³⁷⁶ R. Lyal, p. 70.

détient une participation, a son siège dans un autre Etat membre. La Cour ne conclut pourtant pas au caractère directement³⁷⁷ discriminatoire de cette législation, mais déclare que la privation de cet avantage fiscal risque *d'avoir un effet dissuasif* sur l'exercice du droit d'établissement (point 36) et qu'*une telle inégalité de traitement constitue donc une restriction à la liberté d'établissement* (point 37). Une telle formulation lui permet alors d'examiner toutes les raisons impérieuses avancées.

Cette jurisprudence fut également étendue à la libre prestation de services³⁷⁸ en 2002 dans l'affaire *Commission c. Italie* (« activité de fourniture de travail temporaire » - C-279/00). La législation italienne exigeait des entreprises de fourniture de travail temporaire souhaitant mettre de la main-d'œuvre à la disposition d'utilisateurs établis en Italie, d'avoir leur siège social ou une succursale sur le territoire italien. Comme le déclare la Cour elle-même, pareille exigence *« va directement à l'encontre de la libre prestation des services dans la mesure où elle rend impossible la prestation, dans ledit Etat membre, de services par des entreprises établies dans d'autres Etats membres »* (point 17). Elle ne conclut pourtant pas que cette législation crée une discrimination directe, bien que la Commission l'ait invitée à conclure en ce sens. Au contraire, elle affirme que pour pouvoir être compatible avec le traité, cette exigence doit *constituer une condition indispensable pour atteindre l'objectif recherché* (point 18). Après examen, elle rejette les raisons impérieuses avancées.

Jurisprudence elle-même confirmée, en 2003, dans l'arrêt *Skandia*, portant sur une législation suédoise créant une différence de traitement fiscal entre les assurances souscrites auprès d'assureurs établis sur le territoire suédois et celles souscrites auprès d'assureurs établis dans un autre Etat membre. Là encore, le caractère *direct* de la discrimination semblait évident, mais la Cour se limite à affirmer que cette législation *est susceptible de dissuader* les employeurs suédois de contracter des assurances complémentaires de retraite avec des compagnies établies dans d'autres Etats membres (point 28). Ignorant une fois encore la condition posée par la jurisprudence *Kraus – Gebhard*, elle examine, et rejette, les raisons impérieuses avancées par le gouvernement suédois.

³⁷⁷ Elle était directe dans le chef du cessionnaire, puisqu'elle dépendait de son lieu d'établissement (voy. point 34 de l'arrêt). En revanche, dans le chef du cédant, la question est plus difficile. Il pourrait être argué, sur le modèle de l'analyse suivie dans l'affaire *Bachmann*, que la réglementation était indirectement discriminatoire à son égard, puisqu'elle était susceptible d'affecter plus les cédants ressortissants d'un autre Etat membre et résidant en Suède. Mais X. et Y., plaignants dans le litige au principal, étaient eux-mêmes suédois ! Mais même à leur égard, il pourrait être soutenu (voy. également le texte sous la note de bas de page (xxx – stöber +amid) que la réglementation était directement discriminatoire.

³⁷⁸ Ainsi qu'à la libre circulation des capitaux notamment dans l'affaire *Lenz* de 2004. Dans celle-ci, une réglementation autrichienne subordonnait l'application d'un taux d'imposition libératoire de 25% ou de taux réduit de moitié sur les revenus de capitaux à la condition que ces revenus soient d'origine autrichienne. Elle créait donc une discrimination directe en fonction de l'origine, nationale ou étrangère, des revenus de capitaux. Elle examine pourtant si elle peut être justifiée par diverses raisons impérieuses, telles la cohérence du régime fiscal ou l'efficacité des contrôles fiscaux.

La confirmation est encore plus troublante dans l'arrêt *Lindman*, concernant le traitement fiscal différent opéré à l'encontre des loteries étrangères en Finlande. Tant l'avocat général Stix-Hackl ... que le gouvernement finlandais avaient accepté le caractère *directement* discriminatoire de la réglementation en cause. La Cour se borne pourtant à constater, en réponse aux raisons impérieuses présentées par ce gouvernement, que « *les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État* » (point 25) et que tel n'est pas le cas en l'espèce.

Dans *Commission c. France* (« taux du prélèvement obligatoire » - C-334/02), de 2004, l'affirmation de la possibilité de justifier une discrimination directe par une raison impérieuse semble expresse et ne plus pouvoir laisser de doute. La Cour constate que la réglementation française, créant une discrimination directe en fonction de l'existence ou non d'un domicile du débiteur en France³⁷⁹, constitue une restriction à l'article 49, puis affirme immédiatement après (point 26) qu'il y a dès lors lieu de vérifier si celle-ci peut être justifiée par les raisons impérieuses avancées par les autorités françaises.

À côté de cette jurisprudence, désormais largement majoritaire, la Cour rappelle parfois que des discriminations directes ne peuvent être justifiées que par des raisons tirées du traité. Il n'est toutefois guère aisé de distinguer le motif ayant guidé la Cour dans cette voie. Dans l'affaire *Royal Bank of Scotland*, était aussi en cause une législation fiscale, grecque, aux effets très similaires à ceux des législations évoquées *ci-dessus*³⁸⁰ et l'arrêt fut rendu par la même Chambre, la V^e, que celle ayant rendu les arrêts *X et Y*, *Lindman* et *Commission c. France* (« taux du prélèvement obligatoire »)! Après avoir constaté que cette législation créait une discrimination directe, elle ajouta pourtant que seul un motif tiré de l'article 46 CE pourrait justifier une telle discrimination (point 32)³⁸¹. De même, dans l'arrêt *Commission c. Italie* (« activité de consultant » - C-263/99), de 2001, la même Chambre, la VI^e, que celle ayant rendu l'arrêt *Commission c. Italie* (« activité de fourniture de travail temporaire » - C-279/00) en 2002, va juger que la législation, exigeant des seuls ressortissants des autres États membres qu'ils résident sur le territoire italien afin de pouvoir bénéficier de l'autorisation requise pour l'accès à l'activité de consultant en matière de circulation des moyens de transport, constitue une discrimination

³⁷⁹ « *Sous réserve des dispositions du 1 de l'article 119 bis et de l'article 125 B, les personnes physiques qui bénéficient d'intérêts, arrérages et produits de toute nature de fonds d'État, obligations, titres participatifs, bons et autres titres de créances, dépôts, cautionnements et comptes courants, dont le débiteur est domicilié ou établi en France, peuvent opter pour leur assujettissement à un prélèvement qui libère les revenus auxquels il s'applique de l'impôt sur le revenu* ».

³⁸⁰ Cette législation excluait, pour les sociétés ayant leur siège dans un autre État membre et exerçant des activités en Grèce par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, la possibilité, reconnue aux seules sociétés ayant leur siège en Grèce, de bénéficier d'un taux d'impôt inférieur sur les bénéfices.

³⁸¹ Mais dans *Bosal Holding*, la même V^e Chambre a jugé, en 2003, à propos d'une autre législation nationale, néerlandaise créant une discrimination directe – entre sociétés mères établies aux Pays-Bas selon qu'elles

directe, que seul un moyen prévu par l'article 46 du traité pourrait justifier (point 15). Et la même VI^e Chambre jugea, également en 2001, dans l'arrêt *Commission c. Italie* (« accès aux musées » - C-388/01), s'agissant d'avantages tarifaires réservés aux seuls ressortissants italiens dans l'accès à certains musées, qu'une telle discrimination fondée sur la nationalité ne pourrait être justifiée que par un motif tiré du traité (point 19).

4) Une situation insatisfaisante

Si l'on confronte l'ensemble de la jurisprudence de la dernière décennie sur les entraves, les discriminations indirectes et directes, et sur les raisons impérieuses pouvant justifier les unes et les autres, on ne peut qu'être perplexe, voire désespéré, face à cette jurisprudence.

Lorsqu'elle choisit de qualifier d'*entrave* une mesure créant une discrimination *indirecte*, la Cour n'examine les raisons impérieuses invoquées au soutien de cette mesure que si celle-ci satisfait à la condition, posée par la jurisprudence *Kraus – Gebhard*, d'une application non discriminatoire, ce qui, dans cette jurisprudence, signifie que la mesure ne comporte pas de discrimination directe. En revanche, lorsqu'elle choisit de qualifier d'*entrave* une mesure créant une discrimination *directe*, elle ne subordonne à aucune condition préalable l'examen des raisons impérieuses avancées pour justifier cette mesure.

De même, lorsqu'elle choisit de qualifier de *discrimination indirecte* une mesure ayant un tel objet ou effet, la Cour s'astreint parfois à utiliser un libellé ambigu pour démontrer que son examen des raisons impérieuses intervient avant le constat d'une discrimination. En revanche, lorsqu'elle constate qu'une mesure crée une discrimination *directe*, c'est sans ambages qu'elle accepte d'examiner les mêmes raisons impérieuses. En d'autres termes, plus une mesure nationale a pour objet ou pour effet de désavantager les ressortissants et entreprises des autres Etats membres, moins la Cour semble poser d'obstacles théoriques à l'examen des raisons impérieuses avancées pour la justifier.

Il faut présumer que ces conséquences déconcertantes sont inconscientes et involontaires. Il n'en demeure pas moins qu'elles constituent le résultat pratique le plus évident des incertitudes, incohérences, confusions et autres ambiguïtés ayant parsemé la jurisprudence de la décennie ayant marqué l'avènement de la théorie des entraves dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services.

III – Marchandises, le statu quo

disposent ou non de filiales aux Pays-Bas – que cette législation créait une *entrave* à la liberté d'établissement. Elle a examiné, et rejeté, les raisons impérieuses invoquées pour justifier cette entrave.

La dernière décennie n'a pas provoqué de modification majeure de la jurisprudence ayant suivi l'arrêt *Pétillant de raisins*.

La jurisprudence récente ne se distingue pas réellement des arrêts rendus dans la période 1986-1993³⁸². Il y a de rares arrêts³⁸³ qui appliquent (ou semblent appliquer) la jurisprudence *Cassis de Dijon*. Il y a surtout les arrêts, largement majoritaires³⁸⁴, qui appliquent l'arrêt *Pétillant de raisins*, c'est-à-dire dans lesquels la Cour constate, *d'abord*, l'existence d'une mesure d'effet équivalent, *puis* vérifie si elle peut être justifiée par l'article 30 et/ou une exigence impérative. Il y également d'autres arrêts pour lesquels il est difficile de déterminer le raisonnement réellement suivi³⁸⁵.

Selon l'arrêt *Souvenirs d'Irlande* de 1981, seules les mesures indistinctement applicables permettent l'examen d'exigences impératives. Cette position fut, au moins sur le plan théorique, généralement respectée dans les arrêts rendus dans les années quatre-vingt³⁸⁶. De même, il semble que, durant la dernière décennie, la Cour ait continué de refuser d'examiner si des mesures, préalablement jugées, expressément, discriminatoires, peuvent néanmoins être justifiées par des exigences impératives³⁸⁷. Toutefois, la Cour a régulièrement accepté d'examiner les exigences impératives invoquées pour justifier des mesures seulement formellement indistinctement applicables, dont elle a reconnu qu'elles ont néanmoins un effet discriminatoire ou protecteur³⁸⁸. L'avocat général Jacobs a par ailleurs estimé dans

³⁸² M. Poiars Maduro (p. 41) suggère qu'après l'arrêt *Keck*, la Cour a choisi de concentrer ses ressources sur la libre circulation des personnes et d'adopter une attitude plus « agressive » dans l'interprétation des dispositions régissant celle-ci. Cela pourrait effectivement peut-être expliquer, au moins partiellement, pourquoi la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises n'a guère connu de soubresauts durant la dernière décennie.

³⁸³ Voy. par exemple arrêt *Commission c. Allemagne*, (« denrées alimentaires » - C-51/94), points 29 et 30.

³⁸⁴ Arrêts *Van der Veldt*, points 23, 24, 25 et 27 : en l'occurrence, l'exigence de protection des consommateurs a pour effet que la réglementation nationale contraire à l'article 28 autorise néanmoins à ce titre l'Etat d'importation à refuser la commercialisation d'un produit importé ; *Verband Sozialer Wettbewerb*, points 19, 20 et 22 ; *Schmit*, points 22 et 24 ; *Ditta Fransa*, points 14 et 17 ; *Heimdienst Sass*, points 31 et 34 ; *Atral*, points 62 et 64, dans lequel tout en prétendant s'appuyer sur *Cassis de Dijon* elle affirme néanmoins qu'une mesure d'effet équivalent jugée contraire à l'article 28 peut être justifiée par une exigence impérative ; *Commission c. Italie* (« boissons énergétiques » - C-420/01), points 28 et 29 ; *Commission c. Italie* (« équipements marins » - C-455/01), points 22 et 23 ; *Commission c. Espagne* (« eau de javel » - C-358/01), points 38, 39 et 49 ; *Commission c. Italie* (« produits alimentaires pour sportifs » - C-270/02), points 19 et 21 ; *Greenham et Abel*, point 34 ; *Kohlpharma*, point 13, dans lequel elle affirme qu'une restriction est contraire à l'article 28, sauf si elle est justifiée par des exigences impératives, et notamment la santé publique ; *Douwe Egbert*, points 54 et 55.

³⁸⁵ Arrêts *Preussen Elektra*, *Commission c. Irlande* (« métaux précieux » - C-30/99), et *Commission c. France* (« métaux précieux » - C-84/00).

³⁸⁶ Voy les arrêts *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft contre Weinvertriebs* ; *Kohl* ; *Commission c. Royaume-Uni* (207/83, « indication d'origine ») ; *Du Pont de Nemours* ; *Pall c. Dahlausen, Aragonesa de publicidad*. Il y a toutefois lieu de mentionner déjà en sens contraire, l'arrêt *Commission c. Italie* (« vinaigre 2 » - 193/80) rendu moins de six mois après l'arrêt *Souvenirs d'Irlande*.

³⁸⁷ Arrêts *Pistre* et *Commission c. Grèce* (« produits pétroliers » - C-398/98) et, dans cette affaire, surtout les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo, point 41.

³⁸⁸ Pour un exemple très clair, voy. l'arrêt *Schmit* dans laquelle elle constate au préalable que la réglementation française « n'affecte pas de la même manière », « est de nature à défavoriser », les produits importés. Les arrêts *Mars* et *Verband Sozialer Wettbewerb*, par exemple, vont aussi dans le même sens. De même que l'arrêt *Snellers* dans lequel elle affirme que la réglementation en cause n'affecte pas de la même manière la commercialisation,

l'affaire *Preussen Elektra* qu'il serait souhaitable que même des mesures directement discriminatoires soient parfois justifiées pour des raisons de protection de l'environnement³⁸⁹.

Si l'on confronte la jurisprudence de la Cour, durant la dernière décennie, sur le concept de discrimination dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, d'une part, et dans celui de la libre circulation des marchandises, d'autre part, on peut s'interroger sur l'évolution respective de la prise en compte de ce concept par la Cour.

Elle a certes élargi la portée des dispositions du traité gouvernant la libre circulation des personnes et des services, en affirmant que celle-ci prohibe également les entraves. Mais cette extension s'est accompagnée d'une dénaturation du concept de discrimination indirecte et l'acceptation que cette dernière puisse être justifiée par des raisons impérieuses. En outre, la Cour semble de plus en plus fréquemment accepter que même les discriminations ouvertes puissent être justifiées par des raisons impérieuses. En revanche, dans le domaine de libre circulation des marchandises, si la réponse à la question de savoir si des discriminations indirectes peuvent être justifiées par des exigences impératives reste, au moins sur le plan théorique³⁹⁰, encore un peu incertaine, la Cour a continué à refuser d'examiner les exigences impératives avancées au soutien de mesures directement discriminatoires et n'a pas répondu à l'appel de l'avocat général Jacobs pour modifier sa jurisprudence sur ce point.

Ce constat est amplifié par sa jurisprudence sur l'article 90 du traité, lequel complète l'article 28, et à propos duquel la Cour a fermement rappelé que lorsqu'une discrimination est établie, cette disposition

d'une part, des véhicules importés par des distributeurs agréés et, d'autre part, des véhicules importés par des voies parallèles par des distributeurs non agréés, avant d'examiner les exigences impératives présentées. Il en va de même de l'arrêt *Commission c. Espagne* (« eau de javel »). L'avocat général Alber avait constaté que la réglementation espagnole favorisait un produit typiquement national (point 43). Il n'en concluait pas moins au caractère indistinctement applicable de cette réglementation (point 58). La Cour n'examine même pas cette question. Elle prend acte de ce que le gouvernement espagnol ne conteste pas l'existence d'une mesure d'effet équivalent et examine la raison impérieuse avancée. Dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* (C-463/01 – « emballages réutilisables »), la Cour constate également presque expressément le caractère indirectement discriminatoire de la mesure allemande (voy. points 58 et 69), mais parle d'*entrave* lorsqu'elle examine les raisons impérieuses avancées au soutien de cette mesure (voy. point 70).

³⁸⁹ En doctrine, P. Oliver, *Free movement of Goods ...*, pp. 110 à 114, a également toujours estimé que les exigences impératives devraient être assimilées aux motifs énoncés à l'article 36. Dans son arrêt, la Cour n'a toutefois pas répondu à l'appel de son avocat général qui lui demandait, compte tenu de l'importance fondamentale de la question pour l'analyse à mener dans l'article 28, de clarifier sa position, de manière à fournir la sécurité juridique nécessaire (point 229 des conclusions). En effet, elle a, sans le dire explicitement, appliqué le raisonnement « exotique » tenu dans l'arrêt « déchets wallons » de 1992 (voy. *supra*) en affirmant que pour vérifier si l'obligation d'achat imposée aux entreprises d'approvisionnement en électricité est discriminatoire « il convient de tenir compte, d'une part, de l'objectif de la réglementation en cause et, d'autre part, des particularités du marché de l'électricité » (point 72).

³⁹⁰ Pour un exemple particulièrement éclairant, voy. l'arrêt *Morellato 2*, dans lequel elle indique que la mesure nationale serait discriminatoire si, bien qu'indistinctement applicable, elle désavantagerait uniquement les produits importés. Après cette affirmation, elle ajoute pourtant qu'elle n'échapperait dès lors à l'interdiction de l'article 28 que si elle était justifiée par un « but d'intérêt général » (point 37).

ne prévoit aucune possibilité de justification pour l'État concerné³⁹¹. Elle a de même confirmé que l'article 30 du traité est d'interprétation stricte et ne saurait être compris comme autorisant des dérogations à l'article 90³⁹².

III – Egalité entre hommes et femmes, un concept en évolution

S'il n'a pas connu les mêmes soubresauts que ceux rencontrés dans le domaine de la libre circulation des personnes ces dix dernières années, l'application du concept de discrimination dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes a néanmoins donné lieu à des développements intéressants.

L'article 141 du traité et la directive 76/207 interdisent les discriminations fondées sur le sexe. Ces textes ne sont donc en principe pas applicables lorsqu'un groupe de travailleurs se prétend victime d'une discrimination par rapport à un autre groupe de travailleurs appartenant au même sexe. La Cour semble toutefois adopter une attitude différente selon que cette question est soulevée à propos de l'article 141 ou de la directive 76/207. À l'égard du premier, elle a rappelé que dans une telle situation le principe de non-discrimination fondée sur le sexe n'est pas applicable³⁹³. À l'égard de la seconde, elle a parfois adopté une attitude plus étrange. Dans l'affaire *Kachelman*, le gouvernement allemand avait soulevé une question de recevabilité de la question préjudicielle, en indiquant que l'intéressée se plaignait en fait d'avoir été discriminée par rapport à un autre travailleur féminin. La Cour répond à cet argument en déclarant qu'il appartient au juge de renvoi de déterminer l'utilité d'une question

³⁹¹ Arrêt *Grundig Italiana*, point 24. Dans son arrêt, la Cour n'établit à cet égard aucune distinction entre discrimination *directe* et discrimination *indirecte*. Cet arrêt semble dès lors confirmer l'idée que toute discrimination contraire à l'article 90 est injustifiable. M. Fallon, *Droit matériel de l'Union européenne*, Bruylant – Sakkoulas, 2002, p. 131, se prononce dans le même sens. *Contra*. C. Barnard, *The Substantive Law...*, pp. 54 et 55, qui considère que, eu égard à la jurisprudence sur le concept de discrimination indirecte dans les articles 28, 39, 43 et 49, il est « safe to say » que les discriminations indirectes dans l'article 90 peuvent être justifiées.

En revanche, elle a raison de souligner (p. 54) que dans les arrêts *Bergandi* ou *Commission c. France* (« vins doux naturels » - 196/85) par exemple – par lesquels la Cour a admis qu'un Etat membre peut taxer différemment des produits similaires, lorsque, en particulier, les facilités fiscales accordées servent à des fins économiques ou sociales légitimes – la Cour n'a pas cherché à justifier une discrimination indirecte. Elle a seulement tenu compte du fait qu'en l'absence d'harmonisation communautaire, les Etats membres restent libres d'adopter un système différencié d'imposition en fonction de diverses catégories de produits pour répondre à ces fins économiques ou sociales ... pour autant qu'un tel système soit, totalement, exempt de discrimination, directe ou indirecte, dans sa structure ou son application. Cette jurisprudence est donc assez proche, dans sa logique, voire sa formulation, de la jurisprudence *Kenny* dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, dans laquelle elle a affirmé que les divergences existant entre les différentes législations nationales ne sont pas discriminatoires, du moment que ces législations affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité. Voy. également l'arrêt *Weigel*, point 85.

³⁹² Arrêt *Commission c. France* (« tabacs manufacturés » - C-302/00), point 33.

³⁹³ Arrêt *Krüger*, point 18. Il y a toutefois lieu de signaler que dans l'arrêt *Nimz* elle a accepté d'examiner une affaire dans laquelle le groupe, auquel appartenait le travailleur féminin se prétendant victime d'une discrimination, était composé à 90% de femmes et le groupe auquel elle voulait se comparer était également composé d'une majorité (55%) de femmes.

préjudicielle. Cette réponse n'est guère satisfaisante. Ce problème ne relevait pas de la recevabilité, comme le soutenait le gouvernement allemand, mais bien du fond de la question préjudicielle. En le traitant comme une question de recevabilité, la Cour néglige ce qui paraît pourtant être une question de base appelant une réponse sur le fond³⁹⁴.

1) La comparabilité des situations

Dans le domaine de la libre circulation des personnes, cette question n'est presque jamais³⁹⁵ abordée par la Cour ; la question ne lui est d'ailleurs jamais soumise par les juridictions nationales. Au contraire, cette question est primordiale dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, qu'il s'agisse de déterminer s'ils accomplissent un « travail de valeur égale », au sens de l'article 141 du traité, lequel prescrit l'égalité de rémunération, ou de vérifier qu'ils se trouvent dans une situation comparable aux fins de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, les conditions de travail et le licenciement, prévue par la directive 76/207.

La question s'est surtout posée dans le domaine de l'égalité de rémunération³⁹⁶. La Cour a rappelé que, puisque le principe de l'égalité des rémunérations au sens de l'article 141 du traité présuppose que les travailleurs masculins et féminins qui en bénéficient se trouvent dans des situations identiques ou comparables, il convient de vérifier si les travailleurs concernés exercent un même travail ou un travail auquel peut être attribuée une valeur égale³⁹⁷. La détermination de ce qui constitue un « travail

³⁹⁴ Le même problème se rencontre aussi dans le domaine de la libre circulation des personnes lorsqu'il s'agit de déterminer s'il s'agit d'une situation interne; voy. les arrêts *Wijzenbeek* et *Angonese*.

³⁹⁵ Hormis l'arrêt *Kaba 2* dans lequel la Cour s'attache à démontrer, par le biais d'un raisonnement discutable, que travailleurs nationaux et travailleurs ressortissants des autres Etats membres ne sont pas dans une situation comparable, pour pouvoir refuser à ces derniers le droit à l'égalité de traitement concernant l'avantage social revendiqué ; pour une critique de cet arrêt, voy. D. Martin, *Commentaires sur l'arrêt Kaba 2*, *EJML* 2003, p. 413 ; voy. également J. Y. Carlier, « Chronique – La libre circulation des personnes dans l'Union européenne ; 1^{er} janvier – 31 décembre 2003 », *J.T.D.E.*, 2004, pp. 74 et 77, texte sous note (40), ainsi que A. Iliopoulou et L. Clément-Wilz, « La résistance des acteurs d'une procédure préjudicielle en matière de libre circulation des personnes - Observations sur les affaires *Arben Kaba* », *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 727, spécialement pp. 747 et suivantes.

³⁹⁶ Dans le domaine des conditions de travail, voy. notamment l'arrêt *Wippel*, dans lequel la Cour de justice établit que des travailleurs à temps partiel, mais ayant un contrat en vertu duquel la durée de travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail ne sont pas fixes, mais sont fonction des besoins de quantité de travail à fournir, déterminés au cas par cas, ne sont pas dans une situation comparable aux travailleurs à temps plein, ou à temps partiel, mais dont les contrats fixent la durée de travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail. La formulation du raisonnement de la Cour de justice paraît toutefois quelque peu laborieuse, puisqu'elle conclut de l'absence dans l'entreprise d'un travailleur à temps plein comparable à l'intéressée « *qu'il s'ensuit qu'un contrat de travail à temps partiel selon les besoins qui ne fixe ni une durée de travail hebdomadaire ni un aménagement du temps de travail ne constitue pas un traitement moins favorable* » (point 62). Il aurait semblé plus judicieux de tirer du constat, fait par la Cour (point 61), que la relation de travail de ces autres travailleurs a un objet et une cause différente, la conséquence que ces deux catégories de travailleurs ne sont pas dans une situation comparable de sorte que le traitement différent réservé aux personnes ayant un contrat tel celui de l'intéressée n'est pas discriminatoire.

³⁹⁷ Arrêt *Brunnhöfer*, point 39.

auquel peut être attribuée une valeur égale » constitue un exercice délicat, et empreint d'une certaine subjectivité.

La Cour ne s'est jamais aventurée à donner une définition trop précise de ce concept, néanmoins déterminant. Selon sa jurisprudence, pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si ces travailleurs, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable³⁹⁸. Même si la Cour considère que la tâche de savoir s'il y a bien « travail de valeur égale » appartient, en dernier ressort, au juge national, seul compétent pour apprécier les faits³⁹⁹, elle fournit néanmoins à celui-ci des indications précises : la comparaison doit se faire entre chaque élément de la rémunération et la comparaison doit porter sur un nombre suffisant d'individus de manière à écarter tout risque que les données récoltées ne soient l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels⁴⁰⁰.

Parfois cependant, la Cour détermine elle-même s'il y a bien « travail de valeur égale ». Dans l'arrêt *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, elle a ainsi jugé que des psychologues employés comme psychothérapeutes n'effectuaient pas un *même travail* que des docteurs diplômés, employés également comme psychothérapeutes par le même institut, car s'il exercent une activité apparemment identique, ils utilisent, pour traiter leurs patients, des connaissances et des capacités acquises dans des disciplines très différentes, les unes fondées sur des études de psychologie et les autres sur des études de médecine. En outre, même si les médecins et les psychologues effectuent concrètement les uns et les autres un travail de psychothérapie, les premiers sont habilités à exercer également d'autres activités relevant d'un autre domaine que celui ouvert aux seconds, qui peuvent seulement exercer une activité de psychothérapeute (point 20). Elle n'a donc pas examiné la question de savoir si la rémunération différente offerte aux deux groupes constituait une discrimination ou non.

Cette décision de la Cour doit être approuvée⁴⁰¹. Le raisonnement menant au constat d'une discrimination indirecte n'a de sens, et ne peut convaincre, que s'il s'appuie sur le constat préalable que les groupes à comparer se trouvent bien dans une situation comparable.

³⁹⁸ Arrêt *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, point 17.

³⁹⁹ Arrêt *Jämställdhetsombudsmannen*, point 48.

⁴⁰⁰ Arrêt *Jørgensen*, points 27 et 33 respectivement.

⁴⁰¹ *Contra*. J. Jacquemain, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 201 et 203, qui estime qu'il se dégage de l'arrêt « une forte odeur de sophisme », car si la différence salariale en cause ne peut être contestée à l'égard de la notion de « même travail », elle ne peut l'être davantage en termes de « travail de même valeur » puisque les deux catégories accomplissent exactement les mêmes tâches. Cette critique paraît excessive, particulièrement quand l'auteur affirme que « plus fondamentalement, la Cour se borne à une appréciation abstraite de la situation ». Il pourrait au contraire paraître salutaire que la Cour ait pris la peine de comparer, de manière réellement détaillée, la situation des différents groupes de travailleurs en cause.

La détermination du groupe comparateur constitue donc un élément absolument crucial⁴⁰². La Cour ne semble pourtant pas toujours sensible à cet aspect fondamental. Dans l'affaire *Jämställdhetsombudsmannen*, était en jeu la question de savoir si des sages-femmes, employées par une clinique, pouvaient se plaindre d'une discrimination salariale en se comparant aux « ingénieurs de clinique » employés par le même établissement. Elles estimaient effectuer un travail de valeur égale à celui de ces derniers. La juridiction de renvoi avait adressé une question préjudicielle à la Cour sans trancher elle-même cette question du travail de valeur égale, estimant que la réponse à cette question requerrait des investigations complexes et coûteuses. La partie défenderesse ayant estimé que la Cour ne pouvait utilement répondre à la question posée, la Cour argua que si « *la description du contexte factuel et juridique présente certaines lacunes, empêchant ainsi la Cour de répondre avec la précision souhaitée à différents aspects des questions qui lui sont soumises, il n'en demeure pas moins que les éléments figurant au dossier permettent à la Cour de se prononcer utilement* » (point 34). Elle se prononça par conséquent sur la question de savoir si les sages-femmes étaient effectivement victimes d'une discrimination en matière de rémunération.

Pareil raisonnement paraît artificiel. Comment la Cour peut-elle valablement s'exprimer sur le point de savoir si la différence de rémunération entre les deux groupes est objectivement justifiable si elle n'est pas en mesure d'appuyer son raisonnement sur le constat, préalable, que ces deux groupes effectuent bien un travail de valeur égale ?⁴⁰³

2) La discrimination directe et l'impossibilité de la justifier

a) La discrimination directe

Dans sa jurisprudence, la Cour a jugé qu'une différence de traitement est *directe* si, par exemple, la réglementation nationale en cause exclut certaines personnes de l'octroi d'un avantage sur la base de leur sexe⁴⁰⁴, si la raison essentielle d'un refus d'engagement est une raison qui s'applique

⁴⁰² V. Martenet, *Géométries de l'égalité*, Bruylant - L.G.D.J – Schulthess, 2003, p. 12, a donc raison de souligner que « si le juge de l'égalité estime d'emblée que les personnes ou les groupes de personnes faisant l'objet de la comparaison se trouvent en réalité dans des situations qui ne sont pas comparables ou que les activités ou les choses mises en parallèle ne sont pas comparables, il est censé conclure à l'*inapplicabilité* de l'égalité dans le cas d'espèce ».

⁴⁰³ A l'inverse, il convient de signaler que dans l'arrêt *Gruber*, elle se livre à un réel examen de comparabilité des groupes en cause et, ayant conclu que tel n'est pas le cas, logiquement ne répond pas à la question de l'existence ou non d'une discrimination salariale entre ces groupes. Voy. également l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, dans lequel elle considère, à bon droit selon moi, que travailleurs en congé parental et travailleurs accomplissant leurs obligations militaires ne sont pas dans une situation comparable aux fins de la détermination de la période à prendre en compte pour le calcul d'une indemnité de congédiement.

⁴⁰⁴ Arrêt *Nolte*, point 27.

exclusivement à l'un des deux sexes⁴⁰⁵, ou si l'octroi d'une pension de veuf est soumis à des conditions particulières qui ne sont pas imposées aux veuves⁴⁰⁶.

Le constat que la discrimination est fondée *directement* sur le sexe semble donc facile : dès lors qu'une condition s'applique exclusivement à l'un des deux sexes, elle doit être considérée comme directement discriminatoire. La Cour en jugea pourtant différemment dans l'affaire *Schnorbus*.

Dans cette affaire, M^{me} Schorbus se plaignait du report de son admission au stage juridique préparatoire précédant le second examen d'Etat en droit en Allemagne. Eu égard au trop grand nombre de candidatures, le ministère compétent avait, conformément à la législation applicable, accordé la priorité en fonction de certains critères, dont le fait d'avoir accompli son service militaire, service incombant seulement aux hommes. Interrogée sur la question de savoir si pareille législation constitue une discrimination directe, la Cour répond par la négative au motif que « *le bénéfice de la priorité prévue [...] ne peut être regardé comme fondé directement sur le sexe des personnes concernées* » (point 32). Pareille motivation laisse pantois !⁴⁰⁷ Si la condition à satisfaire ne peut, et cela n'est pas contestable, être remplie que par les hommes, le fait qu'elle soit formulée en termes neutres ne devrait pas justifier qu'elle n'est pas considérée comme une différence *directement* fondée sur le sexe. Le raisonnement de la Cour est d'autant moins acceptable, qu'interrogée sur le point de savoir si, dès lors qu'elle ne constituerait pas une discrimination directe, la législation en cause créerait une discrimination indirecte, la Cour répond que tel est effectivement le cas, car « *les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire* » !⁴⁰⁸

Les différences de traitement fondées sur la grossesse sont également directement discriminatoires⁴⁰⁹ si elles ont pour objet le refus d'embauche ou le licenciement⁴¹⁰. En revanche, la

⁴⁰⁵ Arrêt *Dekker*, point 10. Dès lors, lorsque cette raison réside dans la circonstance que l'intéressée est enceinte, la décision est directement liée au sexe du candidat, même en l'absence de candidats masculins.

⁴⁰⁶ Arrêt *Evrenopoulos*, point 27.

⁴⁰⁷ La Cour s'appuie sur le raisonnement de l'avocat général Jacobs, selon lequel il conviendrait « *d'opérer une distinction entre un critère fondé sur une obligation imposée par la loi à un seul sexe et un critère fondé sur une caractéristique physique inhérente à un seul sexe. Aucune loi n'est capable de permettre aux hommes de donner naissance à des enfants, tandis que le législateur peut aisément mettre un terme à toute discrimination entre hommes et femmes au sujet du service national obligatoire* ». Pareil argument paraît pourtant totalement dénué de pertinence pour apprécier si, en ce qui concerne la situation d'espèce, la mesure affectait bien *exclusivement* les hommes. *Contra* : R. Hernu (p. 335) qui approuve ce raisonnement.

⁴⁰⁸ Sans faire aucune référence à l'arrêt *Schnorbus*, la Cour semble avoir adopté une attitude opposée dans l'affaire *Nikoloudi*, dans laquelle elle affirme (point 36) que lorsque la différence de traitement se fonde sur le critère de l'emploi à temps partiel et que seules des femmes peuvent être engagés dans de tels contrats à temps partiel, ce critère, bien que d'apparence neutre, crée une discrimination *directe*.

⁴⁰⁹ Sans que la Cour de justice n'ait besoin de *comparer* leur situation à celle des hommes pour conclure à l'existence d'une discrimination. Les femmes enceintes ou accouchées sont dans une position « spécifique » et donc *incomparable* comme la Cour de justice le rappelle souvent (« *les femmes qui bénéficient d'un congé de maternité prévu par la législation nationale se trouvent dans une situation spécifique qui exige qu'une protection spéciale leur soit accordée, mais qui ne peut pas être assimilée, notamment, à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail* » arrêt *Alabaster*, point 46).

Cour a jugé que lorsque l'avantage accordé est lié à la maternité ou à la grossesse, le fait qu'il soit réservé aux seuls travailleurs féminins n'est pas discriminatoire⁴¹¹. Visant à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour les travailleurs féminins de leur éloignement pendant la période qui suit l'accouchement par exemple, cet avantage ne peut bénéficier aux travailleurs masculins puisque ces derniers ne se trouvent pas dans une situation comparable⁴¹².

La question n'est toutefois pas toujours aussi simple. Ainsi, lorsqu'il s'agit de l'octroi d'un avantage lié à l'éducation des enfants (congé, bonification en vue de la pension, ...), il ne peut plus être prétendu que la femme se trouve nécessairement dans une position spécifique, même s'il n'est pas contesté que l'éducation des enfants est toujours très largement assumée par les mères plutôt que par les pères. Néanmoins, dès lors que par rapport au fait en cause – l'éducation des enfants – père et mère sont dans une situation comparable, au moins sur le plan théorique, réserver l'octroi d'un avantage à la seule mère constitue une discrimination directe⁴¹³.

D. Schiek, « « A new Framework on Equal Treatment of Persons in EC law ? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC », 8 *European Law Journal*, 2002, pp. 290 et 307, soutient qu'avec cette ligne de jurisprudence, la Cour de justice a dépassé le modèle aristotélicien d'*égalité formelle* - selon lequel les personnes placées en situation égale doivent être traitées de manière égale - pour embrasser le modèle de l'*égalité substantielle*. Ce point de vue semble donner une vision déformée de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, en prenant comme point de départ les différences biologiques incomparables entre hommes et femmes, la Cour de justice reconnaît simplement la situation spécifique des femmes enceintes, et par conséquent la nécessité de leur attribuer un traitement « spécifique », lequel peut inclure des mesures favorables (octroi de droits qui leur sont propres) ou qui le sont moins (ne pas bénéficier de l'entièreté de la rémunération pendant le congé de maternité - article 11 de la directive 92/85, relative à la protection des femmes enceintes). Prétendre que l'égalité, que cet auteur qualifie de « formelle », se réduit à ne pouvoir prétendre être traité que comme les personnes placées dans une position exactement comparable, symétrique - position caricaturale adoptée par la Cour suprême du Canada avant 1989, dans l'arrêt *Bliss*, dans lequel elle estima que la plaignante, enceinte, à laquelle était refusé un avantage, ne pouvait se plaindre d'une discrimination puisque toutes les femmes enceintes étaient traitées de la même manière ; voy. *infra*, II^e Partie, chap. III - semble méconnaître le sens et la portée de l'interdiction des discriminations en droit communautaire. Avec une telle définition de l'*égalité formelle*, un ressortissant d'un Etat membre ne pourrait jamais se plaindre d'être discriminé par rapport aux nationaux de l'Etat membre d'accueil, puisqu'il ne se trouve pas, en matière d'entrée et de séjour par exemple, dans la même situation que ces derniers. La Cour de justice a expressément rejeté pareille approche dans son arrêt *Martinez Sala*, et ce dans le cadre d'une *égalité formelle* entre ressortissants des différents Etats membres. Même à l'égard des mesures concernant l'entrée et le séjour des ressortissants des autres Etats membres, la Cour de justice a affirmé, toujours dans le cadre d'une *égalité formelle*, que le fait que ces derniers soient dans une situation *spécifique*, et que donc des mesures plus sévères fondées sur l'ordre public, incluant des restrictions partielles de leur droit de séjour, puissent être prises à leur égard, n'est compatible avec le droit communautaire que si le comportement ayant motivé la mesure d'ordre public donne également lieu à répression lorsqu'il est le fait de nationaux (arrêt *Oteiza Olazabal*). De même, cette vue déformée de « l'égalité aristotélicienne » aurait signifié que dans l'affaire *Schnorbus*, dans laquelle l'intéressé se plaignait d'une discrimination en raison de l'avantage réservé aux hommes ayant accompli leurs obligations militaires, elle n'aurait pu se plaindre d'une quelconque discrimination, puisque toutes les femmes se trouvaient dans la même situation, seuls les hommes étant, à l'époque, soumis à un service militaire en Allemagne.

⁴¹⁰ Voy. arrêts *Mahlburg* et *Tele Danmark* respectivement.

⁴¹¹ Arrêt *Griesmar*.

⁴¹² Même si elle peut paraître évidente, une telle conclusion mérite d'être soulignée. Semble encore plus évident l'octroi d'un congé de maternité aux seules femmes. Le Tribunal a pourtant dû le rappeler dans l'arrêt *Burrill*.

⁴¹³ Arrêt *Griesmar*.

Plus compliquée était la situation dans l'affaire *Abdoulaye* de 1999. La société Renault accordait une allocation de +/- 1200 € au travailleur féminin lors de son départ en congé de maternité. Celle-ci continuait à percevoir 100% de ses appointements nets durant toute la durée de ce congé, déduction faite des indemnités versées par la sécurité sociale. Des travailleurs masculins se plaignirent d'une discrimination fondée sur le sexe, car la naissance serait également un acte social qui intéresse toute la famille, dont le père, qui ne pourrait donc être privé de son bénéfice. Tel quel, cet argument ne paraît pas légitime, la cause du versement de l'allocation n'étant pas la naissance de l'enfant en tant que telle, mais l'absence de la mère de l'entreprise⁴¹⁴.

Il n'en demeure pas moins que la conformité de cette mesure avec l'article 141 n'est pas évidente. Elle dépend de la question de savoir si, pour le versement de cette allocation, le travailleur féminin et le travailleur masculin sont, ou non, dans une situation comparable. Renault justifia sa politique en mentionnant plusieurs désavantages professionnels auxquels seraient confrontés les travailleurs féminins, résultant de leur éloignement du travail inhérent au congé de maternité : pendant celui-ci, la femme ne peut pas se voir proposer de promotion et à son retour, la durée de l'expérience professionnelle dont elle peut faire état sera réduite de la durée de son absence; en second lieu, la femme enceinte ne peut pas prétendre aux augmentations salariales liées à la performance personnelle; en troisième lieu, le travailleur féminin ne peut pas participer à des formations; en dernier lieu, les nouvelles technologies faisant constamment évoluer le poste de travail, la mise à niveau d'un travailleur féminin rentrant d'un congé de maternité s'en trouvera compliquée. La Cour sembla convaincue par cette argumentation, mais renvoya néanmoins au juge national le soin de vérifier si, en pratique, cette allocation était bien destinée à compenser de tels désavantages.

Cette conclusion de la Cour ne paraît pas totalement convaincante⁴¹⁵. Les désavantages professionnels mentionnés par Renault ne semblent en tout cas pas à même de supporter celle-ci. S'agissant des deux premiers, leur non-attribution à la femme enceinte ou accouchée constituerait une discrimination fondée sur le sexe au détriment de la femme⁴¹⁶. Concernant les troisième et quatrième,

⁴¹⁴ A l'inverse, si l'allocation était vraiment donnée en raison de la naissance de l'enfant, *acte social intéressant toute la famille*, son octroi aux seuls travailleurs féminins serait effectivement discriminatoire.

⁴¹⁵ N'est pas plus convaincante la solution adoptée dans l'affaire *Commission c. Italie* de 1982 (« directive 76/207 » - 163/82), dans laquelle la Cour juge que l'Italie peut valablement réserver aux seules femmes la faculté de bénéficier d'un congé dit de « maternité » pendant les trois mois qui suivent l'entrée dans la famille d'un enfant *adopté* (point 16). Compte tenu de la justification donnée par la Cour elle-même pour justifier l'octroi d'un « réel » congé de maternité aux seules femmes - la protection de sa condition biologique au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, voy. l'arrêt *Hofmann* – sa décision de considérer que père et mère ne sont pas dans une situation analogue, au regard du congé octroyé pour l'entrée dans la famille d'un enfant adopté, n'est guère satisfaisante et illustre le caractère parfois paternaliste de sa jurisprudence.

⁴¹⁶ Voy. l'arrêt *Lewen*, points 41 et 42.

ils ne sont en toute hypothèse pas propres au congé pour cause de maternité ; en outre, il n'est pas aisé de distinguer en quoi le versement d'une allocation en argent, assez substantielle, serait à même de compenser de tels désavantages.

L'arrêt de la Cour ne résout donc pas le problème, crucial, de savoir si, aux fins de l'attribution de l'allocation en cause, travailleurs féminins et masculins se trouvent dans une situation comparable. La réponse n'est effectivement pas aisée et dépend de la finalité précise de l'allocation : dès lors qu'elle semblait être accordée en raison de l'absence l'entreprise, absence liée elle-même à la grossesse, peu importe les désavantages professionnels particuliers qu'elle était destinée compenser, on pourrait considérer qu'effectivement travailleurs masculins et féminins ne sont pas dans une situation comparable. Il est toutefois intéressant de signaler que, dans une affaire assez similaire, la Cour suprême US a abouti à la conclusion inverse et a conclu que constitue une discrimination fondée sur le sexe un plan d'assurance santé d'une entreprise prévoyant des droits accrus en cas d'hospitalisation pour cause de grossesse de ses employés féminins, un même accroissement n'étant pas prévu lors de l'hospitalisation des épouses de ses employés masculins⁴¹⁷.

b) L'impossibilité de la justifier

Durant la dernière décennie, la Cour a confirmé sa jurisprudence *Dekker*, selon laquelle une discrimination directe ne peut faire l'objet d'une justification⁴¹⁸.

Il y a toutefois lieu de signaler qu'à deux reprises elle a esquivé la question de savoir si une différence de traitement fondée sur le sexe ne devrait pas, dans le strict respect du principe d'égalité, pouvoir être justifiée par une circonstance objective. Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Roberts*⁴¹⁹, l'avocat général Van Gerven s'interrogea sur la question de savoir si « *la possibilité de justifier objectivement une discrimination dépend du caractère direct ou indirect de celle-ci* ». Et il suggéra à la Cour de répondre négativement à cette question. Son raisonnement est cependant ambigu. Dans cette affaire, la Commission estimait, en s'appuyant expressément sur la définition du principe d'égalité, qu'il serait plus correct de parler de la justification d'une inégalité de traitement. Tout en reconnaissant qu'une telle terminologie serait effectivement plus correcte, il estima que la jurisprudence de la Cour utilisait indistinctement les notions d'« inégalité de traitement » et de « discrimination » et que les deux termes étaient donc interchangeables. Il conclut son raisonnement en déclarant qu'il n'est pas souhaitable que la possibilité de justification soit restreinte aux seules discriminations indirectes, « *notamment parce qu'il n'est pas toujours possible de distinguer aussi clairement les discriminations directes des discriminations indirectes* ». Son analyse s'écarte donc de

⁴¹⁷ Arrêt *Newport News Shipbuilding & Dry Dock v. EEOC* de 1983.

⁴¹⁸ Arrêt *Evrenopoulos*.

⁴¹⁹ Voy. aussi ses conclusions dans l'affaire *Ten Oever*, point 34.

l'application du principe d'égalité, et semble plutôt inciter la Cour à accepter qu'une *discrimination* puisse être justifiée par une raison impérieuse. Dans son arrêt, la Cour esquivait la question et considère que les travailleurs masculins et féminins ne se trouvent pas dans une situation identique, évitant ainsi de devoir se prononcer sur l'existence d'une discrimination.⁴²⁰

3) La discrimination indirecte et les motifs pouvant la justifier

a) La discrimination indirecte

La Cour a rappelé à de nombreuses reprises sa jurisprudence constante selon laquelle « *une disposition ou une réglementation nationale comporte une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »⁴²¹.

La Cour vérifie donc, d'abord, si la mesure en cause consacre une différence de traitement entre, par exemple, les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel, et, ensuite, s'il y a lieu, si cette différence de traitement affecte un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes. En cas de réponse affirmative à ces deux questions, elle se pose enfin la question de l'existence de facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe susceptible de justifier la différence de traitement préalablement constatée⁴²².

Le raisonnement de la Cour est toujours le même pour établir l'existence d'un traitement inégal, les termes utilisés pour ce raisonnement aussi : « *s'il s'avère qu'un pourcentage considérablement plus faible*⁴²³ *(ou plus élevé*⁴²⁴) *de femmes que d'hommes* ». Dans certains cas, le recours à des données statistiques précises sont également nécessaires pour constater la différence de traitement, compliquant d'autant la tâche de la plaignante si l'on n'accepte pas un aménagement de la charge de la preuve⁴²⁵. La mesure de l'effet plus ou moins (dé)favorable produit par une réglementation sur les travailleurs

⁴²⁰ Voy. aussi l'arrêt *Neath*, dans lequel la Cour esquivait également la question en jugeant que l'utilisation de facteurs actuariels différents selon le sexe dans le mode de financement par capitalisation des régimes professionnels de pensions à prestations définies ne relève pas du champ d'application de l'article 141. Pour une critique de ces arrêts, voy. E. Ellis, « The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law », *Eur. Law Rev.*, 1994, pp. 563 et 569.

⁴²¹ Voy. par exemple arrêt *Jørgensen*, point 29.

⁴²² Voy. par exemple arrêts *Helmig*, points 22, 23 et 25 et *Gerster*, points 30, 33 et 34.

⁴²³ Voy. par exemple arrêts *Lewark*, point 28 et *Seymour-Smith*, point 60, et pour la jurisprudence antérieure à 1994, arrêts *Jenkins*, point 13, *Bilka*, point 29, *Rinner-Kühn*, point 11, *Nimz*, point 12 et *Bötel*, point 18.

⁴²⁴ Voy. par exemple arrêts *Kirsammer-Hack*, point 22 ; *Roks*, point 33 ; *Laperre*, point 14 ; *Freers*, point 10, *Jørgensen*, point 19 ; *Jämställdhetsombudsmannen*, point 50 ; *Rinke*, point 33 ; *Schönheit*, point 71 ; *Wippel*, point 43.

⁴²⁵ Arrêts *Commission c. Belgique* (« prestations de chômage » - C-229/89), point 15 et *Lewark*, point 29.

des deux sexes exige parfois une comparaison extraordinairement complexe⁴²⁶. Cette complexité rendrait l'identification d'une discrimination impossible si la Cour n'avait pas admis que la charge de la preuve peut être déplacée, lorsque cela s'avère nécessaire, pour ne pas priver les travailleurs, victimes d'une discrimination apparente, de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité⁴²⁷. La situation est donc très différente de celle que l'on rencontre dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, où la question de la charge de la preuve ne joue pratiquement aucun rôle, puisqu'il suffit de démontrer qu'un seul individu, le plaignant, est potentiellement victime d'une discrimination, ou que la mesure nationale est *susceptible* de défavoriser plus les ressortissants des autres Etats membres. Parfois, dans le domaine de la libre prestation des services, la Cour conclut à la violation de l'article 49 du traité en constatant la discrimination éventuelle subie par un prestataire potentiel n'étant pas partie au litige au principal⁴²⁸ !

L'aménagement de la charge de la preuve ne résout néanmoins pas tous les problèmes. Le travailleur qui se prétend victime d'une discrimination doit toujours établir, au préalable, qu'un nombre *considérablement* plus important (ou plus faible) de travailleurs appartenant au même sexe est affecté de manière défavorable par la mesure en cause.

L'arrêt *Seymour-Smith* illustre les difficultés qu'engendre le maniement de l'outil statistique. Dans cette affaire, les plaignantes estimaient être victimes d'une discrimination créée par la législation sur la durée d'emploi requise pour bénéficier de la protection contre le licenciement abusif. Pour vérifier si cette législation produit une différence de traitement fondée indirectement sur le sexe, la Cour déclare (point 59) que « *la meilleure méthode de comparaison des statistiques consiste à comparer, d'une part, les proportions respectives de travailleurs qui remplissent et qui ne remplissent pas la condition de deux années d'emploi exigée par la règle litigieuse au sein de la main d'oeuvre masculine et, d'autre part, les mêmes proportions au sein de la main d'oeuvre féminine. Il n'est pas suffisant de considérer le nombre de personnes affectées, étant donné que ce nombre dépend du nombre de travailleurs actifs dans l'ensemble de l'Etat membre ainsi que de la répartition de travailleurs masculins et de travailleurs féminins dans ledit Etat membre* ». De manière intéressante, la Cour

⁴²⁶ Voy. arrêt *Royal Copenhagen*, points 34 et 37 : « *La comparaison doit en outre porter sur un nombre relativement important de travailleurs pour exclure que les différences constatées soient l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels, ou soient dues à des différences dans les résultats individuels du travail des travailleurs concernés. (...) Peut constituer un indice d'une telle composition arbitraire des groupes à comparer le fait qu'à l'intérieur d'un groupe plus large composé essentiellement de femmes, une distinction soit opérée entre deux sous-groupes en fonction de différences dans les conditions de formation, et qu'ensuite ne soit pas retenu, pour la comparaison en matière de rémunération à effectuer avec un groupe composé essentiellement d'hommes, celui des deux sous-groupe composés essentiellement de femmes qui présente le plus de similitude, dans le domaine des conditions de formation, avec le groupe composé essentiellement d'hommes* » !

⁴²⁷ Arrêts *Enderby*, points 13 et 14 ; *Royal Copenhagen*, point 24 et *Jämställdhetsombudsmannen*, point 53. Le législateur communautaire a incorporé cette jurisprudence dans la directive 97/80.

⁴²⁸ Voy. par exemple l'arrêt *Bachmann*.

introduit cependant une nouveauté par rapport à sa jurisprudence antérieure, en ajoutant (point 61) qu'une apparence de discrimination pourrait être établie « *même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi* ». Elle conclut toutefois qu'il appartient au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques. Cette attitude est compréhensible dans la mesure où, n'étant pas saisie des faits du litige au principal, la Cour de justice ne dispose pas des moyens lui permettant d'assurer une application concrète précise de l'interprétation qu'elle fait du droit communautaire. Mais en renvoyant cette tâche au juge national, il est à craindre qu'une même interprétation donnée par la Cour aboutisse à des solutions divergentes selon les Etats membres, voire selon les juridictions. Il subsiste donc un problème de sécurité juridique⁴²⁹.

b) Sa justification

Lorsque la Cour constate le traitement défavorable subi par les travailleurs féminins, elle déclare que la disposition en cause aboutit en fait à une « discrimination » et doit, « en principe », être considérée comme contraire à l'article 141. Mais elle ajoute immédiatement qu'il en serait autrement au cas où la « différence de traitement » se justifierait par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe⁴³⁰. Pour la Cour, il semble donc qu'il n'y a « discrimination » que si la « différence de traitement » n'est pas justifiée. Mais dans sa recherche d'une justification éventuelle de la différence de traitement, la Cour s'écarte de la notion de « justification objective », applicable dans le principe d'égalité, et examine plutôt des raisons impérieuses, et ce bien qu'elle continue à parler de « facteurs objectifs ». Il est intéressant de souligner que, durant la dernière décennie, un certain courant de jurisprudence sur la notion de discrimination dans le domaine de la libre circulation des personnes (voy. *ci-dessus*) a semblé utiliser une rédaction similaire à celle qui fut toujours appliquée dans l'article 141. Dans les deux domaines cependant, on peut douter de la volonté

⁴²⁹ En l'espèce, la juridiction de renvoi, la *House of Lords*, jugea que les statistiques (voy. *ci-dessous*) ne révélaient pas un écart suffisamment important pour conclure à l'existence d'une discrimination. Sur base des mêmes statistiques, il semble que l'on pourrait très bien conclure en sens inverse.

Année	Pourcentage d'hommes avec plus de 20 ans d'ancienneté	Pourcentage de femmes avec plus de 20 ans d'ancienneté	Différence
1985	77.4	68.9	8.5
1986	77.2	68.4	8.8
1987	75.3	67.1	8.2
1988	73.4	65.6	7.8
1989	72	63.8	8.2
1990	72.5	64.1	8.4
1991	74.5	67.4	7.1
1992	77.9	72.1	5.8
1993	78.4	74.1	4.3

⁴³⁰ Voy. par exemple le point 12 de l'arrêt *Rinner-Kühn*.

réelle de la Cour de justifier une *différence de traitement* plutôt qu'une *discrimination indirecte*⁴³¹. Le fait que dans le cas des discriminations *directes* fondées sur le sexe, elle parle de justification d'une *discrimination* rendrait d'ailleurs incohérent un raisonnement dans lequel elle parlerait de justification d'une *différence de traitement* en cas de discrimination indirecte.

Le motif permettant le plus souvent de justifier une discrimination indirecte est celui de la *marge d'appréciation dont disposent les Etats membres en matière de politique sociale*.

Soulevé pour la première fois dans l'affaire *Hofmann* (point 27), ce motif de dérogation fut justifié par la Cour dans l'affaire *Commission c. Belgique* (« indemnités complémentaires » - C-173/91) dans les termes suivants : « ces principes et ces objectifs s'inscrivent dans le cadre d'une politique sociale qui, en l'état actuel du droit communautaire, relève des Etats membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale et les modalités concrètes de leur réalisation » (point 22)⁴³². Cette affirmation, selon la Cour, n'est que la conséquence logique du champ d'application limité du principe de l'article 141 et de son corollaire, à savoir que tant l'article 141 que les directives le mettant en oeuvre laissent intacte la compétence que le traité reconnaît aux Etats membres pour définir leur politique sociale⁴³³. Durant la dernière décennie, cette raison impérieuse a été soulevée à plusieurs reprises, avec un succès certain, par les gouvernements défendeurs⁴³⁴. Cette « réceptivité » de la Cour a d'ailleurs fait l'objet de critiques en doctrine, au motif qu'elle se livrerait à un contrôle renforcé lorsque sont en cause des pratiques des employeurs, alors qu'elle n'exercerait au contraire qu'un contrôle restreint dès lors que c'est la loi elle-même qui est en cause⁴³⁵.

Il est vrai que la Cour est placée dans une situation difficile. Chaque Etat membre restant souverain pour élaborer sa politique sociale, la marge de manoeuvre de la Cour pour identifier une discrimination fondée sur le sexe est très limitée et ne peut, concrètement, porter réellement que sur la proportionnalité des moyens mis en oeuvre pour atteindre l'objectif poursuivi. Il n'en demeure pas moins que la prudence de la Cour pourrait être un incitant pour les Etats membres à brandir systématiquement un objectif de politique sociale comme raison impérieuse, de manière à limiter la portée du contrôle juridictionnel du principe d'égalité. C'est peut-être la raison pour laquelle elle

⁴³¹ L'arrêt *Schönheit* constitue un bon exemple de ce que la Cour ne se soucie guère de préciser à quel stade de son raisonnement doit intervenir l'examen des raisons pouvant justifier la différence de traitement. Ainsi, elle commence par affirmer (point 85) que des considérations d'ordre budgétaire ne sauraient justifier une *discrimination* fondée sur le sexe, mais poursuit (point 86) que cette *différence de traitement* pourrait toutefois être justifiée par un autre motif.

⁴³² Voy. également le point 13 de l'arrêt *Molenbroeck*.

⁴³³ Voy. les points 41 et 42 de l'arrêt *Bilka* et le point 28 de l'arrêt *Roks*.

⁴³⁴ Arrêts *Roks*, points 28 et 29 ; *Nolte*, point 34 ; *Laperre*, point 19 ; *Seymour-Smith*, point 69 et *Jørgensen*, point 41. Pour une appréciation plus contrastée, voy. l'arrêt *Lewark*, points 36 à 38.

affirma dans l'arrêt *Steinicke* (points 63 et 64) que la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance le principe d'égalité de traitement, de sorte que de simples affirmations que les mesures litigieuses seraient à même de remplir l'objectif de politique sociale avancé ne permettent pas de sauver la discrimination indirecte constatée⁴³⁶.

4) L'action positive, une évolution aux fondements incertains

Mis à part les arrêts *Bonino* et *Delauche*, de 1987⁴³⁷, rendus dans le domaine du contentieux de la fonction publique, et l'arrêt *Commission c. France* (« recrutement surveillants » - 318/86) de 1988⁴³⁸,

⁴³⁵ Voy. Ph. Martin, « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », *Droit Social*, 1996, pp. 562 et 566.

⁴³⁶ Voy. également l'arrêt *Krüger* (point 29) dans lequel elle jugea qu'il ne s'agissait « en l'occurrence, ni d'une mesure prise par le législateur national dans le cadre de son pouvoir d'appréciation ni d'un principe de base du système de sécurité sociale allemand, mais de l'exclusion des personnes occupant un emploi mineur du bénéfice d'une convention collective qui prévoit l'octroi d'une prime spéciale annuelle, ce qui a pour résultat que, au regard de la rémunération, ces personnes sont traitées différemment par rapport à celles relevant de ladite convention collective ».

⁴³⁷ Mme Delauche, fonctionnaire de grade A4, avait posé à six reprises sa candidature à des postes A3 (jusqu'au début des années nonante, les postes de « chef de division » était exclusivement réservés aux fonctionnaires de grade A3) au sein de la Commission. A chaque fois, ce sont des candidats masculins qui avaient été nommés. A la suite d'un nouvel avis de vacances de poste publié en 1985, Mme Delauche a constaté qu'une fois encore c'est un de ses collègues qui avait été nommé. Elle attaqua cette nomination devant la Cour, notamment au motif que lorsqu'il existe une grave sous-représentation féminine et lorsque les candidats masculins et féminins sont jugés également aptes à remplir la fonction en cause, il devrait exister un droit de préférence au profit des femmes. Elle fondait ce droit de préférence sur le principe d'égalité, en estimant que seule la reconnaissance d'un tel droit permettrait de corriger les inégalités de fait entre hommes et femmes dans les échelons supérieurs de la fonction publique communautaire. Ces faits, et l'argumentation développée, étaient donc très proches de ceux qui donnèrent lieu à l'arrêt *Kalanke* en 1995. L'avocat général Darmon constata d'abord qu'existait effectivement à cette époque une « grave sous-représentation » des femmes au grade A3 à la Commission (6 femmes pour 347 hommes), accentuant la différence existant pour tous les postes de la catégorie A (titre universitaire), soit 10% de femmes pour 90% d'hommes. Il estimait toutefois (point 14) que « si le besoin existe, incontestablement, d'entreprendre une action positive - une « affirmative action » - en faveur des femmes, il ne nous semble pas qu'on puisse le faire utilement par la proclamation jurisprudentielle d'un droit de préférence. Il s'agit, en fait, non seulement d'un problème de promotion, mais aussi de recrutement. Toute action spécifique en faveur d'une catégorie minoritaire se heurterait au principe de l'égalité formelle. Mais l'on pourrait concevoir que, dans des circonstances bien déterminées et pour atteindre un objectif prioritaire répondant à un choix de société, lui-même destiné à faire disparaître les inégalités résultant de préjugés du passé, des dispositions puissent intervenir qui entameraient un tel principe tout en étant néanmoins juridiquement fondées ». Il ajoutait à cet égard (point 15) que « donc plusieurs techniques, déjà préconisées ou utilisées dans d'autres contextes, seraient possibles. On pourrait songer, par exemple, à l'instar de ce qui est recommandé par la résolution du Parlement européen sur la situation des femmes dans les institutions communautaire, que soient fixés des objectifs chiffrés prévoyant une progression annuelle déterminée dans les grades où les femmes sont sous-représentées. On pourrait également envisager l'adoption d'un système de quotas pour le recrutement et la promotion, ou encore l'application de standards différents selon qu'il s'agit d'hommes ou de femmes. Mais, en droit communautaire, pareilles mesures ne pourraient être prises que par le législateur et, en attendant l'adoption de telles dispositions, dont vous seriez vraisemblablement appelés à apprécier la légalité, on ne peut appliquer une autre règle, en ce qui concerne le recrutement et la promotion, que celle de la neutralité sexuelle. A défaut de toute disposition spécifique, la requérante ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit de préférence ». La Cour (chambre à trois juges) se montra beaucoup plus prudente et se limita à constater (point 9) qu'en toute hypothèse, la première condition dégagée par l'intéressée au soutien d'un « droit de préférence » n'était pas remplie, car le candidat choisi aurait été jugé plus apte qu'elle à occuper l'emploi en cause. Elle juge toutefois utile d'ajouter (point 10) que le moyen soulevé par l'intéressé doit donc être rejeté « sans qu'il soit nécessaire

la Cour n'a été appelée à se prononcer sur la portée de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 qu'en 1995. Cette disposition prévoyait⁴³⁹ que la directive ne fait pas obstacle aux « *mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines* » couverts par la directive⁴⁴⁰.

Dans l'arrêt *Kalanke* de 1995, était en cause la procédure de nomination au poste de chef de département des espaces verts de la ville de Brême. M. Kalanke et Mme Glissmann étaient les deux derniers candidats au dernier stade la procédure et possédaient les mêmes qualifications. L'employeur, se basant sur une loi du Land de Brême relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les services publics, octroya le poste à Mme Glissman. Selon la loi en cause, en cas de qualifications égales à celles de leurs concurrents masculins, les femmes devaient être nommées en priorité *lorsqu'elles sont sous représentées*, les femmes étant considérées comme « sous représentées » lorsqu'elles ne représentaient pas au moins la moitié des effectifs d'un service donné.

Dans cet arrêt initial, la Cour donna une interprétation stricte de la dérogation de l'article 2, paragraphe 4 : cette disposition a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent en réalité à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale (point 18). Or, juge-t-elle, une disposition qui garantit une *priorité absolue et inconditionnelle* aux femmes va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances. Un tel système, ajoute-t-elle, substitue à la promotion de l'égalité des chances le résultat auquel seule la mise en oeuvre d'une telle égalité pourrait aboutir (points 21 et 22). Dans ses conclusions, l'avocat général Tesauro était parvenu à la même conclusion, en arguant que le principe d'égalité ne permet pas de remédier à une inégalité de fait par une discrimination de droit⁴⁴¹. Cet arrêt qui, de l'aveu même de certains membres de la Cour, divisa celle-ci, fut largement critiqué en doctrine⁴⁴².

d'examiner si, lorsque les conditions énoncées par Mme Delauche sont réunies, le candidat appartenant au sexe sous-représenté bénéficie effectivement d'un droit de préférence ». La Cour s'abstenait ainsi volontairement de s'engager dans le débat, très difficile, de savoir si ce droit de préférence pourrait être établi par voie jurisprudentielle.

⁴³⁸ Dans cette affaire, la Commission reprochait aux autorités françaises une mauvaise transposition de la directive 76/207 et notamment le fait que plusieurs dispositions de conventions collectives permettaient de maintenir des droits particuliers pour les travailleurs féminins. La Cour s'est limitée à constater que la France n'avait fourni aucun élément qui justifierait de telles dispositions.

⁴³⁹ Le libellé de cette disposition a été amendé lors de la modification de la directive 76/207 en 2002. Depuis l'insertion d'un article 141, paragraphe 4, dans le traité, relatif aux mesures d'action positive que peuvent prendre les Etats membres dans le domaine de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins, l'article 2, paragraphe 4 (dorénavant article 2, paragraphe 8 de la directive) a beaucoup perdu de son intérêt.

⁴⁴⁰ C'est-à-dire essentiellement, la formation professionnelle, l'emploi et le licenciement.

⁴⁴¹ Voy. les points 13 et 22 de ses conclusions.

⁴⁴² Voy. notamment D. Schiek, « Positive Action in Community Law », 2 *European Law Journal*, (1996), p. 239 ; S. Prechal, *CMLRev*, 1996, p. 1245 et L. Charpentier, « L'arrêt *Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité », *R.T.D.E.*, 1996, p. 287.

Deux ans plus tard, la Cour eut l'occasion de revenir sur cet arrêt dans l'affaire *Marschall*. M. Marschall, fonctionnaire du Land Nordrhein-Westfalen, se plaignait du rejet de sa candidature à un poste de promotion dans un centre scolaire, motivé par une disposition du statut applicable selon laquelle si, dans un secteur donné, les femmes sont en nombre inférieur au niveau de poste concerné, elles sont, à compétences égales, à promouvoir par priorité, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fasse pencher la balance en sa faveur.

La Cour commence par constater qu'à la différence de la réglementation dans l'affaire *Kalanke*, la disposition litigieuse comporte une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité, si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur (point 24). C'est sur cette base qu'elle juge que « *même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement* » (point 29). Elle en conclut, qu'à qualifications égales, un candidat masculin et un candidat féminin n'ont pas nécessairement des chances égales (point 30). Elle valide donc la disposition en cause « *dès lors qu'une telle règle peut contribuer à faire contrepoids aux effets préjudiciables qui résultent pour les candidats féminins des attitudes et comportements décrits ci-dessus et à réduire ainsi les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale* » (point 31).

Rappelant toutefois que l'action positive reste une dérogation à un droit individuel à l'égalité de traitement⁴⁴³, elle insiste sur la différence existant avec la législation en cause dans *Kalanke*, car, en l'espèce, la disposition litigieuse garantit aux candidats masculins une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin (la « clause d'ouverture »).

On ne peut s'empêcher de noter que cette dernière appréciation est particulièrement vague et ambiguë. Cet arrêt ne satisfait dès lors ni partisans ni adversaires des actions positives⁴⁴⁴. Les premiers regrettant que la Cour ne fasse pas du droit à l'égalité de traitement un droit *collectif* qui ne serait plus

⁴⁴³ En ce sens, R. Hernu (p. 209) a raison de souligner que l'arrêt *Marschall* repose sur la même logique que l'arrêt *Kalanke*.

⁴⁴⁴ G. More, dans ses commentaires sur cet arrêt, *CMLRrev*, 1999, pp. 443 et 448, souligne que l'arrêt peut être lu de deux manières très différentes : soit comme une simple clarification de *Kalanke*, soit au contraire comme un renversement de celui-ci.

considéré comme un droit individuel dérogatoire, et estimant, en conséquence, que la Cour aurait dû renverser explicitement *Kalanke* pour affirmer que des quotas ne sont pas contraires au principe de non-discrimination. Les seconds estimant que la Cour aboutit à une conclusion inverse à celle atteinte dans *Kalanke* en la fondant exclusivement sur une *clause d'ouverture* à la signification incertaine et dont l'application pratique est impossible à contrôler.

L'arrêt *Badeck*, de 2000, représente un pas considérable en direction des souhaits des partisans des actions positives. La motivation, ou plutôt les lacunes et silences de celle-ci, est pourtant loin de convaincre.

Dans cette affaire, était en cause une législation du Land de Hesse contenant plusieurs dispositions dont la compatibilité avec le principe de non-discrimination était contestée. Par la première partie de la question préjudicielle, la Cour était invitée à se prononcer sur une règle qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous représentées, accorde, à qualifications égales, une priorité aux candidats féminins, lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs juridiquement contraignants du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure ne s'y oppose.

Cette règle instituait donc, ainsi que le Land l'admettait, une « quota de résultat ». La motivation du raisonnement de la Cour l'amenant à conclure à la validité de cette règle est pour le moins étonnante. D'abord, elle reprend à son compte l'idée que le sexe du candidat n'est jamais déterminant lorsque, dans une situation déterminée, cela ne s'avère pas nécessaire, en particulier s'il est établi que les femmes ne sont pas sous représentées. L'argument est tautologique ! Même le Land ne demandait pas à la Cour d'affirmer que lorsque les femmes sont sur-représentées, il convient néanmoins de leur accorder la priorité.

Ensuite, la Cour note que ce n'est qu'en cas de qualification égale qu'il convient d'opter pour le candidat féminin, si une telle option s'avère nécessaire pour respecter l'objectif contraignant du plan de promotion *et* qu'aucun motif « juridiquement supérieur » ne s'y oppose. Or, le Land avait présenté cinq groupes de règles qui justifieraient que soit écartée la règle de la priorité en faveur des candidats féminins : celles organisant le traitement préférentiel accordé aux anciens membres du personnel qui, en raison du travail familial, ont quitté leur service ; celles donnant une priorité aux personnes ayant exercé une activité à temps partiel souhaitent reprendre une activité à temps plein ; celles donnant une priorité aux hommes ayant effectué un service militaire plus long que la durée du service obligatoire ; celles qui gouvernent l'emploi des personnes affectées d'un handicap grave, et enfin celles qui permettent de mettre fin au chômage de longue durée de la personne recrutée. Le seul commentaire que ces règles inspirent à la Cour, c'est qu'elles démontrent que la règle de priorité n'est donc pas absolue et inconditionnelle (point 36). Pareil commentaire paraît un peu court : le fait que la norme de

priorité ne soit pas absolue ne démontre, juridiquement, en rien qu'elle soit compatible avec le principe de non-discrimination, plus particulièrement dans la mesure où la compatibilité de certains de ces groupes de règles avec le droit communautaire est elle-même discutable.

Si l'on additionne les considérations formulées par la Cour dans *Badeck* pour soutenir, au titre des actions positives, le recrutement prioritaire des femmes avec celles qu'elle émettra, à peine neuf mois plus tard, dans *Schnorbus*, pour justifier la compatibilité avec le principe de non-discrimination d'une règle prévoyant l'accès préférentiel, à un stage obligatoire, des *hommes* ayant accompli leur service militaire – soit précisément un des cinq groupes de règles justifiant que soit écartée la règle de priorité en faveur des femmes – on se retrouve devant une situation absurde. Dans *Schnorbus*, la Cour a, de manière discutable⁴⁴⁵, affirmé que l'accès préférentiel des hommes au stage obligatoire, lequel « repose sur la prise en considération du retard pris dans le déroulement de leurs études par les candidats qui ont été soumis à l'obligation de service militaire ou civil, présente un caractère objectif et est inspirée par le seul souci de contribuer à compenser les effets de ce retard » (point 44)⁴⁴⁶. Pour un même poste, on pourrait donc imaginer un candidat, masculin, invoquant le motif *juridiquement supérieur* du service militaire plus long que le service obligatoire, et un candidat, féminin, invoquant la sous-représentativité des femmes au niveau de poste en cause dans le secteur concerné. La Cour ayant validé, au regard du principe d'égalité, les deux arguments, lequel devrait prévaloir ? La situation est plus confuse encore si l'on considère que la directive 2000/78 autorise les Etats membres à adopter des mesures d'action positive, en matière d'emploi, en faveur des personnes handicapées (quatrième des cinq groupes de règles) !

Dans une telle configuration⁴⁴⁷, quel est encore le sens du principe de non-discrimination ? Si chaque groupe – les hommes ayant accompli leurs obligations militaires, les femmes, parce qu'elles sont sous représentées, les personnes handicapées en raison de leur handicap, ... – doivent jouir d'un traitement préférentiel, qui - quel groupe ? – peut, doit, encore prétendre à la non-discrimination ?

En résumé, la Cour, dans sa réponse à cette première partie de la question préjudicielle, valide un système créant un *quota* de résultat, sans fournir la moindre justification juridiquement solide.

⁴⁴⁵ Comme indiqué *supra*, la législation en cause dans cette affaire créait une discrimination *directe* manifeste au détriment des femmes ; elle n'était donc pas, en vertu de la jurisprudence de la Cour, susceptible de justification. Il convient en outre de noter que dans cette affaire, il s'agissait également d'une législation du Land de Hesse qui tentait de justifier sa compatibilité avec le droit communautaire par recours à ... l'action positive en faveur des hommes !

⁴⁴⁶ Cette affirmation ne l'a par ailleurs pas empêchée, trois ans plus tard, d'affirmer dans l'arrêt *Dory* que « le retard pris dans la carrière professionnelle des appelés est une conséquence inévitable du choix effectué par l'Etat membre en matière d'organisation militaire » (point 41).

⁴⁴⁷ Et l'on pourrait la rendre encore plus extrême en imaginant qu'existe également une règle de priorité en faveur des membres de minorités ethniques, en application de la directive 2000/43.

Par la seconde partie de la question préjudicielle, la juridiction nationale interrogeait la Cour sur une règle prévoyant que les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes doivent prévoir un pourcentage minimal de personnel féminin, correspondant au moins à celui qu'elles représentent parmi les diplômés, les titulaires de doctorat et les étudiants de chaque discipline. Ici encore, la motivation de l'arrêt validant cette règle est minimale. La Cour se borne à constater *qu'en tout état de cause* (point 41), cette règle n'a d'influence qu'en cas de qualifications égales des candidats et qu'elle « *ne fixe pas de plafond absolu, mais le fait par référence au nombre de personnes ayant acquis une formation professionnelle adéquate, ce qui revient à utiliser comme paramètre quantitatif une donnée réelle pour instituer la préférence pour les femmes* » (point 42). Une fois encore, la Cour se contente de ce que la règle ne joue, en principe, qu'en cas de « qualifications égales » et consacre l'action positive, non plus comme une dérogation à un droit individuel, mais comme un droit collectif – un pourcentage donné de diplômés implique un pourcentage correspondant de promotions.

La troisième partie de la question préjudicielle concernait une règle accordant *au moins la moitié* des places de formation aux femmes, dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous représentées, et pour lesquelles l'Etat ne détient pas le monopole de formation. Une fois encore, le Land de Hesse admettait qu'il s'agissait d'un *quota rigide*, mais justifiait celui-ci par la volonté d'établir une répartition équilibrée des places de formation, tout au moins dans la fonction publique.

Le premier argument de la Cour pour valider cette règle est une fois encore déconcertant. Elle estime que, s'il s'agit bien d'un quota rigide, cette rigidité n'est pas absolue (point 51). En effet, affirme-t-elle, si, en dépit des mesures appropriées afin d'attirer des candidatures féminines, le nombre de celles-ci est insuffisant, « *il est possible que plus de la moitié de ces places soit occupée par des hommes* » ! Avec une telle motivation, on peut se demander ce que signifie une rigidité « absolue » ? Le second argument aurait, quant à lui, mérité une justification plus motivée. La Cour déclare en effet que, dès lors que ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés, mais des places de formation, ce quota rigide s'inscrit « *dans le cadre d'un concept restreint d'égalité des chances* » (point 52). Cette affirmation peut paraître étonnante. L'article 2, paragraphe 4, – pas plus que la directive elle-même – n'établit de hiérarchie entre la formation professionnelle et l'accès à l'emploi proprement dit. Même si l'on peut néanmoins suivre la position de la Cour sur ce point, il convient de garder à l'esprit qu'elle ne repose ni sur la lettre ni sur l'esprit de la directive. Une motivation complémentaire aurait donc été la bienvenue. Enfin, le troisième argument est tout aussi faible. La Cour avance que « *dès lors qu'il s'agit des cas de formation pour lesquels des places sont disponibles dans le secteur privé, aucun candidat n'est définitivement exclu d'une formation* » (point 53). En pratique, cela signifie qu'un candidat masculin, qui se prétend victime d'une discrimination, en droit, en matière d'accès à la formation organisée par l'Etat, se voit rétorquer que des places dans le privé étant accessibles, il ne saurait prétendre être discriminé. Peu importe les conditions d'accès – le coût par exemple – de cette

formation. Une fois encore, la motivation de la Cour est minimale et néglige le fait que lorsqu'un candidat se plaint par rapport à l'accès à cette formation, motiver l'absence de discrimination par le fait que cette formation est aussi dispensée par le secteur privé ne paraît pas, sur le plan juridique, pertinent⁴⁴⁸.

Dans la quatrième partie de la question préjudicielle, était en cause la compatibilité avec le principe de non-discrimination d'une règle accordant, à qualifications égales, une garantie pour les femmes d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous représentées. Une fois encore, la Cour valide cette règle. Pourtant, il pourrait être argué que celle-ci ne respectait pas le principe, jugé crucial dans *Marschall*, de la possibilité pour un candidat masculin de faire valoir des considérations particulières propres. Selon la règle en cause, lorsque seulement un nombre restreint de candidats féminins est convié à un entretien d'embauche, le nombre de candidats masculins conviés à cet entretien ne peut pas être supérieur. La Cour considère que cette règle « *n'implique pas la poursuite d'un résultat définitif – recrutement ou promotion –, mais offre seulement des possibilités supplémentaires aux femmes qualifiées pour faciliter leur entrée dans le monde du travail et de leur carrière* » (point 60). Cette affirmation semble montrer que, pour la Cour, dès lors qu'une règle ne fixe pas une discrimination directe et/ou un quota rigide pour l'accès même à la fonction en cause, toute mesure chronologiquement antérieure – formation, entretien d'embauche – peut être directement discriminatoire ou fixer un quota rigide sans être contraire à la directive. Or, une telle règle implique qu'un candidat masculin remplissant lui aussi toutes les conditions requises pour l'entretien d'embauche pourra se voir refuser un tel entretien, dès lors que le « quota » de candidats masculins pouvant être interviewés est déjà atteint. Dans une telle hypothèse, il semble que la Cour accepte qu'il n'y ait plus de comparaison réellement objective entre qualifications des uns et des autres, mais qu'au contraire le système puisse être fondé sur le principe des quotas.

Enfin, la cinquième partie de la question préjudicielle, que la Cour traite en un seul paragraphe, soulève également une question. La règle litigieuse prévoyait que lors de la composition des organes représentatifs des travailleurs et les organes d'administration et de surveillance, au moins la moitié des membres devraient être des femmes. Sans motivation, la Cour se borne à dire que cette règle n'est pas contraire à la directive. Même en admettant que cette règle ne serait pas impérative, en ce sens qu'elle laisserait une certaine marge pour la prise en compte d'autres critères (point 65), on ne peut que constater que, tel quel, pareil argument pourrait valider une règle prescrivant la participation égale des travailleurs féminins dans des organes d'une entreprise composée à 80, voire à 90% d'hommes !

⁴⁴⁸ Bien que regrettant ce qu'elle qualifie de « frilosité » de la Cour, M. Schmitt, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », *Droit ouvrier*, 2001, pp. 56 et 62, admet néanmoins que la motivation utilisée aboutit à une violation du principe d'égalité dans l'accès aux services publics.

En résumé, l'arrêt *Badeck* représente un développement majeur⁴⁴⁹ dans la jurisprudence de la Cour sur les actions positives. Elle semble dorénavant voir dans celles-ci un droit collectif des travailleurs féminins et non plus un droit individuel dérogatoire, et donc d'interprétation stricte⁴⁵⁰. De plus, elle semble considérer que doivent bénéficier d'une appréciation particulièrement bienveillante toutes les mesures préalables à la fourniture d'un emploi ou d'une promotion. La motivation proprement juridique de cet arrêt est néanmoins particulièrement faible, surtout si on la compare à celle donnée par la Cour suprême US dans ses arrêts. On peut notamment regretter que la Cour ne se soit pas donné la peine de formuler dans cet arrêt un fondement juridique théorique à la légitimité même de l'action positive au regard du principe de non-discrimination et de mieux motiver les positions prises dans le cas d'espèce. Cette attitude contraste avec les remarques admirables du juge Marshall dans son opinion séparée dans l'affaire *Bakke* (voy. II^e Partie, chap. II). Ce contraste risque d'être encore plus saisissant – et l'absence de justification théorique encore plus contestable – si la Cour adopte la même motivation minimaliste à propos des actions positives que les Etats membres sont autorisés à prendre, en faveur des personnes visées par la directive 2000/78, eu égard à leur religion, leur âge, leur orientation sexuelle ou leur handicap (voy. *infra* section 4).

L'arrêt *Abrahamsson*, rendu également en 2000, n'a pas atténué les ambiguïtés nées de certains passages de l'arrêt *Badeck*. Cette affaire portait sur la nomination de professeurs d'université en Suède. Afin de remédier à la sous représentation persistante des femmes dans certaines catégories de postes, la législation suédoise permettait qu'un candidat féminin, possédant les *qualifications suffisantes* pour le poste, puisse être nommée prioritairement à un candidat masculin qui aurait normalement dû être choisi, pour autant que la différence entre les qualifications respectives ne soit pas d'une importance telle que cette nomination par priorité soit contraire à l'exigence d'objectivité. Cette règle permettait donc l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire très important⁴⁵¹, sans en outre assurer que son contrôle puisse se faire de manière transparente.

Dans le cas d'espèce, la sélection opérée pour le poste en cause avait conduit le jury à donner, lors d'un premier vote portant uniquement sur les qualifications juridiques, cinq voix à M. Anderson et trois à M^{me} Destouni. Lors d'un second vote, prenant également en compte les objectifs de discrimination positive, celle-ci avait récolté six voix pour deux à M. Anderson. La personne placée en

⁴⁴⁹ K. Berthou, « Sur les discriminations positives – CJCE 28 mars 2000, *Badeck* », *Droit Social*, 2000, pp. 901 et 908, parle de la « poursuite de l'édification d'un cadre d'appréciation des mesures préférentielles en faveur des femmes ».

⁴⁵⁰ K. Kückholdt, « *Badeck – The Third German Reference on Positive Action* », *30 Industrial Law Journal*, 2001, pp. 116 et 120, soutient même que cet arrêt autorise une plus grande variété de quotas que ceux en cause, et rejetés, dans *Kalanke*. *Contra* : M. Schmitt, (p.59), qui estime que l'arrêt *Badeck* ne parvient pas toujours à convaincre « de la volonté de la Cour de considérer ces mesures comme des éléments concourant à la réalisation de l'égalité réelle ».

troisième position était M^{me} Fogelqvist. Le jury décida de nommer M^{me} Destouni. Cette dernière retira toutefois sa candidature. Le jury estima que la différence entre M^{me} Fogelqvist et M. Anderson était considérable, mais le recteur de l'université décida néanmoins d'octroyer le poste à la première.

La Cour de justice jugea que pareille discrimination positive n'était pas compatible avec le droit communautaire. La motivation de son arrêt est cependant fort nuancée. Elle juge ainsi que la législation litigieuse n'est pas fondée sur des critères « clairs » et « certains » (point 50) et, constatant qu'elle accorde de manière automatique la priorité au candidat féminin, dès lors qu'elle possède les qualifications suffisantes pour le poste, même si celles-ci sont inférieures à celles d'un candidat masculin, la Cour conclut que les « *candidatures ne sont pas soumises à une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* » (point 53), faisant ainsi écho, implicite, au critère déterminant posé dans l'arrêt *Marschall*.

Sa réponse à la troisième question préjudicielle instille néanmoins un nouvel élément d'incertitude. Interrogée sur le point de savoir si le droit communautaire s'oppose à une règle jurisprudentielle nationale, selon laquelle un candidat féminin peut se voir attribuer la priorité dès lors qu'elle possède des mérites *équivalents ou sensiblement équivalents*, elle conclut à la validité d'une telle règle « *lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* » (point 61). Pareille condition est éminemment subjective et cette subjectivité est renforcée par l'acceptation que l'action positive est légitime même si la candidate féminine ne possède que des qualifications « sensiblement équivalentes ». En outre, la Cour se fonde expressément sur son arrêt *Badeck* pour étayer cette seconde affirmation, alors que dans cet arrêt elle avait maintenu l'exigence formulée dans *Marschall*, à savoir la possession de qualifications *égales* (voy. le point 43 de l'arrêt *Abrahamsson*)!

L'arrêt rendu, en 2002, dans l'affaire *Lommers* illustre la volonté de la Cour d'interpréter largement la possibilité laissée aux Etats membres d'adopter ou de maintenir des actions positives. Il met néanmoins encore une fois en lumière les ambiguïtés du raisonnement étayant cette attitude⁴⁵².

Cette affaire portait sur la compatibilité, avec le droit communautaire, d'une circulaire d'un ministère néerlandais, selon laquelle « les services de garde d'enfants sont, en principe, réservés

⁴⁵¹ Quels critères permettent d'apprécier que la différence de qualifications objectives est d'une importance telle qu'elle est contraire à l'exigence d'objectivité ?

⁴⁵² Comme le souligne avec humour J. Jacqmain, « La CJCE et les actions positives, l'amour-haine », *Chr. D.S.*, 2002, p. 360, « quelques cailloux blancs semblent indispensables pour tenter de tracer un sentier à travers un labyrinthe de plus en plus touffu ».

exclusivement aux collaboratrices du ministère, sous réserve de cas d'urgence, qui relèvent de l'appréciation du directeur »⁴⁵³.

La Cour constate tout d'abord que fonctionnaires masculins et féminins sont dans une situation comparable quant à la nécessité d'avoir recours à des services de garderie en raison de la circonstance qu'ils exercent un emploi (point 30). Elle note également que l'emploi au sein du ministère de l'agriculture en cause est caractérisée par une situation de sous représentation importante des femmes, s'agissant tant de leur nombre que de leur présence à des postes de grade supérieur.

Elle commence par confirmer le point de vue émis dans *Badeck*, selon lequel une telle circulaire s'inscrit dans un « *concept restreint d'égalité des chances, dans la mesure où ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais le bénéfice de certaines conditions de travail* » (point 38). Elle ajoute ensuite que, conformément à une jurisprudence constante, pour déterminer la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement, il y a lieu de respecter le principe de proportionnalité. Cette double affirmation est étonnante. D'une part, il semblait résulter de l'arrêt *Badeck* que la Cour a fait de l'action positive, non plus un simple droit individuel dérogatoire au principe de non-discrimination, mais un droit collectif⁴⁵⁴. D'autre part, il découle de la jurisprudence constante que toute dérogation au principe d'égalité est d'interprétation stricte, et ne doit pas seulement respecter le principe de proportionnalité ! Or, la suite du raisonnement de la Cour est fondée sur cette seconde affirmation.

Elle relève qu'une telle circulaire risque de contribuer à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes, de sorte que le fait d'en exclure les hommes pourrait sembler contraire au principe de proportionnalité. Toutefois, estime-t-elle, il convient de tenir compte du fait que le nombre de places est limité et qu'existe déjà une liste d'attente. Il pourrait être argué cependant que la prise en compte de cette circonstance factuelle n'est pas entièrement pertinente pour apprécier la proportionnalité de l'exclusion des hommes. C'est peut-être pourquoi elle ajoute dès lors, en se référant à l'arrêt *Badeck*, que la circulaire n'aboutit pas à priver les hommes de tout accès à des places de garderie pour leurs enfants puisque des places sont accessibles sur le marché privé des services correspondants. Plus encore peut-être que dans *Badeck*, cette justification est étonnante : la question, juridique, posée était de savoir si les employés du ministère de l'agriculture pouvaient obtenir une place dans la garderie mise en place par leur employeur, en invoquant le droit à la non-discrimination en matière de conditions de travail, pas de savoir si le marché néerlandais des garderies était suffisant. La Cour précise toutefois que si la circulaire devait être interprétée comme excluant les fonctionnaires

⁴⁵³ R. Hernu (p. 217) note à raison qu'il ne s'agissait donc plus d'une mesure dont l'objet concerne directement l'accès au travail des femmes, mais un traitement spécifique destiné à favoriser leur emploi.

⁴⁵⁴ R. Hernu (p. 211) manifeste un même étonnement et regrette « ce qui a toutes les apparences d'un recul ».

masculins qui assument seuls la garde de leurs enfants, leur exclusion violerait le principe de proportionnalité, *en portant une atteinte excessive au droit individuel à l'égalité de traitement*. Cette nuance traduit une approche très minimaliste de l'atteinte excessive au droit à la non-discrimination.

Le dernier aspect de la motivation de l'arrêt mérite également quelques commentaires. La Cour y affirme que, s'agissant de la circonstance que l'épouse d'un fonctionnaire pourrait rencontrer des difficultés dans la poursuite de sa carrière professionnelle, elle « *paraît dépourvue de pertinence aux fins d'apprécier le bien-fondé de la mesure* » (point 49), car le « *principe d'égalité de traitement ne saurait, par définition, recevoir application qu'entre les travailleurs employés par [le ministère]* » (point 49).

Cette affirmation, laquelle paraît en soi incontestable, repose pourtant sur une prémisse contestable. La Cour compare les fonctionnaires féminins du ministère et les épouses des fonctionnaires masculins du même ministère. Or, il semble évident que le groupe comparateur ne devait pas être composé des épouses des fonctionnaires masculins, mais bien de ces derniers, aux fins de déterminer si l'avantage en cause – le bénéfice de places de garderie – était attribué de manière discriminatoire entre fonctionnaires masculins et féminins. Or, ainsi que signalé *ci-dessus*, la Cour a, expressément, reconnu dans son arrêt que ces deux groupes de travailleurs se trouvaient dans une situation comparable à cet égard. La dernière affirmation de la Cour, dès lors qu'elle est fondée sur un choix discutable des groupes à comparer, semble donc répondre à un problème qui n'était pas posé, mais ne pas répondre à la vraie question en cause. En outre, il faut rappeler que, comme signalé à propos de l'affaire *Abdoulaye* (voy. *ci-dessus*), laquelle soulevait un problème similaire de comparabilité, la Cour suprême US a abouti à une solution opposée.

Bien qu'il ne porte pas spécifiquement sur les actions positives, l'arrêt *Griesmar*, de 2002, mérite également que l'on s'y arrête. Cette affaire concernait une législation française régissant les pensions de fonctionnaires et octroyant une bonification de pension aux seules *mères* ayant élevé leurs enfants. Ayant fort logiquement conclu à l'existence d'une discrimination directe, la Cour était également invitée à se prononcer sur la possibilité de justifier⁴⁵⁵ cette législation au titre de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht, lequel a introduit la possibilité,

⁴⁵⁵ Le raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt, à savoir constatation d'une discrimination directe pouvant être justifiée au titre des actions positives, infirme donc expressément le point de vue de R. Hernu (pp. 210-211), selon lequel, à partir de l'arrêt *Badeck*, la Cour aurait consacré l'idée selon laquelle l'action positive relève pleinement de la notion d'égalité de traitement et ne constitue donc pas une mesure dérogatoire, ainsi que celui de D. Schiek, « A new Framework ... », p. 298. Ce raisonnement sera en outre confirmé, expressément, dans l'arrêt *Briheche* de 2004, portant sur une question finalement assez similaire, une réglementation française prévoyant que, pour l'admission aux concours externes organisés pour le recrutement de fonctionnaires, la limite d'âge de 45 ans n'est pas opposable aux *veuves* non remariées (points 20 et 21).

pour les Etats membres, d'adopter des mesures d'action positive en matière de rémunération⁴⁵⁶. La Cour rejette dans son arrêt cette cause de justification, mais pour un motif que l'on pourrait discuter. Elle affirme en effet que *« la mesure en cause au principal n'apparaît pas comme étant de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle. Au contraire, elle se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle »* (point 65). La Cour introduit donc une distinction entre « carrière et vie professionnelle » et « pension », la seconde n'étant pourtant que la résultante de la première. Il pourrait donc être argué que cette distinction découle d'une interprétation restrictive de la notion de carrière professionnelle. S'il peut être entièrement souscrit à la conclusion à laquelle aboutit la Cour⁴⁵⁷, il pourrait toutefois être soutenu que l'affirmation que la bonification, parce qu'elle touche à la pension, n'aurait pas vocation à apporter un remède, même partiel, aux désavantages que peuvent rencontrer les femmes dans leur carrière professionnelle, constitue plus une pétition de principe qu'une conclusion incontestable, tant sur le plan juridique que factuel.

Il faut savoir gré à la Cour d'avoir adopté une attitude volontariste dans un domaine délicat, souvent émotionnel, et ayant monopolisé l'essentiel de la littérature juridique dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes depuis bientôt dix ans. La persistance des difficultés rencontrées par les femmes, dans certains secteurs de la vie professionnelle et sur certaines questions, justifie sans aucun doute que des mesures d'action positive soient jugées compatibles avec le droit communautaire.

⁴⁵⁶ Le fait qu'une telle possibilité existe peut même apparaître choquante. L'action positive étant, dans la jurisprudence de la Cour, destinée à compenser des inégalités persistantes dans la vie sociale, permettre de compenser celles-ci par l'octroi d'une rémunération plus élevée soulève un problème, non seulement juridique, mais aussi de société, que le Constituant communautaire semble avoir totalement ignoré.

⁴⁵⁷ Il est intéressant de signaler que dans une décision du 14 août 2003 (Déc. 2003-483), le Conseil constitutionnel français semble refuser de suivre la Cour. Il déclare en effet (point 25 de la décision) que *« Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître »*. Par cette motivation, le Conseil constitutionnel justifie donc la discrimination directe au détriment des hommes par la possibilité pour le législateur de recourir à l'action positive en faveur des femmes. La nouvelle réglementation française concernant le régime général des salariés, validée au niveau interne, risque donc d'être soumise à nouveau à l'appréciation de la Cour. Il sera intéressant de voir l'attitude que cette dernière adoptera sur la compatibilité d'une telle action positive avec le droit communautaire, tant sur sa légitimité intrinsèque que sur sa proportionnalité. M.-T. Lanquetin, « La retraite des femmes : quelle égalité ? », *Droit social*, 2003, pp. 178 et 185, note fort justement que la décision du Conseil constitutionnel ne comporte aucun raisonnement en termes de proportionnalité, puisque aucune ouverture de la bonification de deux ans par enfant n'est prévue pour les pères.

En revanche, la motivation de ses arrêts - ou plutôt leurs lacunes de motivation - ne peut emporter l'adhésion.

Aux Etats-Unis, l'*affirmative action* est née au profit exclusif, initialement, des Afro-Américains. Leurs conditions de vie, au-delà même de leurs conditions d'accès au marché de l'emploi, durant les deux cent dernières années constituaient une réalité - traduite aussi dans la loi - justifiant, à elle seule, la légitimité de mesures d'action positive en leur faveur. Il n'en demeure pas moins que, dès le premier arrêt de la Cour suprême US sur la compatibilité de telles actions avec le 14^e Amendement (voy. *infra*, II^e Partie, chap. II, section 1), les juges américains ont pris soin de poser les fondements théoriques de celles-ci. Personne ne contestera que les conditions de vie des femmes dans l'Union européenne au tournant de XXI^e siècle ne sont en rien comparables à celles des Afro-Américains aux Etats-Unis, et pourtant, dans aucun arrêt, la Cour ne s'interroge sur la légitimité même (le *compelling governmental interest* américain) des mesures d'action positive quel que soit le domaine considéré (formation, accès à l'emploi, promotion, ...), mais seulement sur leur proportionnalité. Ce faisant, il pourrait être argué que la Cour manque à sa tâche, juridique de s'assurer que la mesure d'action positive joue correctement son rôle, lequel est de justifier que des mesures, discriminatoires selon leurs apparences, visent en réalité à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale, dans le domaine spécifique considéré. Par ailleurs, et quelle que soit l'opinion que l'on peut s'en faire, il est incontestable que la Cour suprême US a bâti sa jurisprudence en élaborant des critères auxquels doivent répondre toutes les mesures d'*affirmative action* et un *scrutiny test* qui joue le rôle de filtre de compatibilité avec la Constitution ou le Title VII du *Civil Rights Act 1964*. A l'inverse, la jurisprudence s'est construite au coup par coup, la Cour adoptant dans ce domaine la même démarche casuistique que dans le contexte de la libre circulation des personnes, sans grand souci de cohérence entre ses arrêts⁴⁵⁸, et parfois même au prix d'une relecture discutable de sa jurisprudence sur le concept de non-discrimination⁴⁵⁹.

5) Conversion sexuelle et orientation sexuelle, discriminations fondées sur le sexe ou concepts distincts ?

Inséré dans le traité de Rome en 1957 dans le but d'éviter les distorsions de concurrence entre entreprises, progressivement affirmé comme principe général du droit communautaire par la Cour de justice, le concept de non-discrimination fondée sur le sexe a été confronté dans les années nonante

⁴⁵⁸ L'action positive est d'abord analysée comme une dérogation à un droit individuel à la non-discrimination, puis comme un droit collectif, avant qu'il ne soit affirmé qu'elle est bien une dérogation, mais à interpréter avec une grande souplesse ; voy. également le point 24 de l'arrêt *Briheche* qui confirme sur ce point l'attitude adoptée dans l'arrêt *Lommers*.

⁴⁵⁹ Bien que dérogatoire au principe de non-discrimination, l'action positive serait compatible avec le droit communautaire dès qu'elle respecte le principe de proportionnalité. Cette attitude la démarque également de

aux nouvelles réalités sociologiques : conversion sexuelle, harcèlement sexuel, reconnaissance des orientations sexuelles différentes. Les réponses apportées, jusqu'aujourd'hui, par la Cour de justice aux multiples questions engendrées par les développements enregistrés dans la société, confèrent elles-mêmes de nouveaux contours – et de nouvelles perspectives – au concept de non-discrimination fondé sur le sexe.

a) Conversion sexuelle

Dans l'affaire *P. c. S.*, la Cour était confrontée à la délicate question de savoir si une personne, licenciée par son employeur en raison de sa conversion sexuelle, peut se prétendre victime d'une discrimination fondée sur le sexe contraire au droit communautaire.

L'écueil majeur rencontré par une telle prétention est le fait que la discrimination fondée sur le sexe, telle qu'elle existe en droit communautaire, ne vise à interdire « que » les discriminations entre personnes de sexe différent. En d'autres termes, la discrimination consiste dans le traitement différent d'une femme par rapport à un homme en raison de son appartenance à l'un des deux genres. Un tel concept de la discrimination ne paraît d'aucun secours pour remédier à la discrimination dont s'estime victime un transsexuel.

Au terme d'un arrêt, certes assez lapidaire, mais sans que cette brièveté n'amoindrisse la pertinence ni la force de celui-ci, la Cour étend le concept de discrimination fondée sur le sexe pour couvrir également de telles situations. Notant que la directive 76/207 vise l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, et que pareille interdiction constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, elle estime que *« le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée »* (point 20). En d'autres termes, le critère de la différence de traitement dont souffre le transsexuel reste le sexe. Cette seule motivation paraissait suffisante pour élargir le concept de discrimination fondée sur le sexe⁴⁶⁰.

La Cour ajouta néanmoins (point 21) que *« lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette décision »*. Cette seconde motivation est moins convaincante. Les transsexuels ne forment pas un

l'approche retenue par la Cour suprême US qui soumet les mesures d'*affirmative action* au profit des minorités ethniques au même *strict scrutiny test* que les discriminations commises à leur détriment.

⁴⁶⁰ R. Hernu (p. 46) y voit une application du modèle d'égalité extra-catégorielle, transcendant l'interdiction connue des discriminations fondées sur le sexe.

« troisième sexe ». En comparant leur traitement à celui réservé aux personnes appartenant à un sexe déterminé, la Cour assume implicitement qu'ils se trouvent dans une situation comparable. Pareille présomption est discutable⁴⁶¹ ⁴⁶². Un raisonnement fondé exclusivement sur la prohibition de tout comportement motivé par le sexe de la personne et sur l'affirmation du principe d'égalité comme principe général du droit communautaire aurait paru plus fort. Un tel raisonnement unique aurait, en outre, pu plus facilement fournir un précédent utile pour expliquer pourquoi un harcèlement sexuel à l'encontre d'une personne du même sexe, ou par un bisexuel à l'encontre de représentants des deux sexes, constitue bien une *discrimination* fondée sur le sexe (voy. *infra* section 4).

b) L'orientation sexuelle

La question qui était posée à la Cour dans l'affaire *Grant* était celle de savoir si la conclusion atteinte dans *P.*, à propos de la conversion sexuelle, était transposable à la situation où la différence de traitement est fondée sur l'orientation sexuelle. Mme Grant s'était vu refuser par son employeur l'attribution de réductions sur le prix des transports à son partenaire de sexe féminin. Selon le règlement de l'employeur, ces réductions étaient réservées au conjoint marié, ainsi qu'au partenaire concubin hétérosexuel, sur présentation d'une déclaration solennelle qu'une relation significative a existé depuis deux ans ou plus entre eux.

La Cour estime que pour répondre à la question posée, il faut procéder en trois étapes : « *il convient tout d'abord de répondre à la question de savoir si une condition fixée par un règlement d'entreprise, telle que celle en cause dans le litige au principal, constitue une discrimination fondée directement sur le sexe du travailleur. Dans la négative, il y aura lieu, ensuite, de rechercher si le droit communautaire exige que les relations stables entre deux personnes du même sexe soient assimilées*

⁴⁶¹ Dans l'arrêt *K.B.* de 2004, était en cause l'impossibilité au Royaume-Uni pour un transsexuel de se marier avec une personne du sexe auquel il appartenait avant l'opération de changement de sexe emportant comme conséquence l'exclusion d'un partenaire transsexuel du bénéfice d'une pension de réversion dont l'octroi est limité au conjoint survivant. La Cour constate tout d'abord le droit pour un Etat membre de réserver cet avantage aux couples mariés et en conclut que la réglementation britannique ne contient pas une discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, constatant également que la Cour européenne a jugé que l'absence de reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle du transsexuel constitue une violation de son droit de se marier au sens de l'article 12 de la CEDH (arrêt *Goodwin* de 2002), la Cour de justice conclut que cette législation empêche un transsexuel et son partenaire de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier de l'avantage en cause, de sorte qu'elle est, dans cette mesure, contraire à l'article 141 du traité. La Cour ne confirme donc pas explicitement l'arrêt *P.*, mais en applique le principe, à savoir qu'une distinction fondée sur la conversion sexuelle est assimilée à une distinction fondée sur le sexe. En revanche, elle ne reprend plus – et cette décision paraît judicieuse – l'argument évoqué dans cet arrêt et fondé sur la comparaison des situations.

En revanche, la *House of Lords* britannique, tout en se référant aux arrêts *P.* et *KB*, a fondé son arrêt *A v. Chief Constable of West Yorkshire Police* de 2004 sur la comparaison entre transsexuels et personnes appartenant à l'un ou l'autre sexe, voy. le point 56 de l'opinion de Lady Baroness Hale of Richmond.

⁴⁶² En doctrine, il a en outre été montré que ce raisonnement aboutit à comparer *P.*, après sa conversion sexuelle, ... à lui-même, dans l'hypothèse où il n'aurait pas subi cette conversion sexuelle, voy. A. Campbell, « Equal treatment in transition », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1998, pp. 292 et 309 et la doctrine citée. J.F. Flauss,

par tout employeur aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage de deux personnes de sexe opposé. Enfin, il conviendra d'examiner la question de savoir si une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constitue une discrimination fondée sur le sexe du travailleur » (point 24). Les trois étapes suggérées par la Cour peuvent étonner. S'agissant de la première question, aucune partie au litige ne semblait avoir argué que la condition posée l'était en fonction du sexe du travailleur, mais bien de l'orientation sexuelle de son partenaire⁴⁶³. On peut s'interroger sur l'objectif poursuivi par la seconde question. La Cour déclare qu'il convient de se demander si le droit communautaire exige que des relations stables entre partenaires de même sexe soient assimilées à des relations entre personnes de sexe différent. Elle ne précise toutefois pas quelle disposition du droit communautaire contiendrait une telle exigence. Dès lors qu'elle aurait, par hypothèse, conclu, sur la première question, que la différence de traitement n'est pas fondée sur le sexe et que la troisième question porte sur le point de savoir si l'orientation sexuelle peut être assimilée au sexe au sens de l'article 141 du traité, il est difficile de voir l'intérêt de la deuxième question et quelle disposition du droit communautaire la Cour se proposait d'interpréter.

Concernant la première question, la Cour constate (points 27 et 28) que « *les réductions sur le prix des transports sont refusées à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe* », et juge en conséquence que « *dès lors que la condition fixée par le règlement de l'entreprise s'applique de la même manière aux travailleurs de sexe féminin qu'à ceux de sexe masculin, elle ne saurait être considérée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe* ». Cette seconde affirmation est étonnante, mais confirme *a contrario* le caractère crucial du choix du bon comparateur. La Cour compare le groupe auquel appartient Mme Grant (les lesbiennes) à un autre groupe (les homosexuels) ... également défavorisé par la mesure litigieuse. Le choix d'un tel comparateur ne pouvait déboucher sur un constat de discrimination, puisque le statut préférentiel du groupe (les hétérosexuels) bénéficiant de la mesure en cause n'était pas remis en cause^{464 465}. Pour

« Les droits de l'homme dans l'Union européenne », *Petites Affiches*, 1999, n° 149, pp. 5 et 6, formule une critique similaire.

⁴⁶³ R. Wintemute, « Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination : Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes », *The Modern Law Review*, 1997, pp. 334 et 344, suggère toutefois que dans la mesure où l'orientation sexuelle d'un individu ne peut être définie que par rapport à son sexe, les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle impliquent nécessairement des distinctions fondées sur le sexe. N. Bamforth, « Sexual Orientation Discrimination after *Grant v. South-West Trains* », *The Modern Law Review*, 2000, pp. 694 et 703, souligne cependant que pareille suggestion n'a guère été retenue par les cours et tribunaux, ni en Europe ni aux États-Unis.

⁴⁶⁴ M. Bell, « Shifting Conceptions ... », p. 70, parle à juste titre d'une *equal misery comparison*.

⁴⁶⁵ Comme l'a dit R. Wintemute, « Liberté et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et homosexuelles », in *Homosexualités et droit*, D. Borillo, PUF, 1998, p. 180, cette approche est *logiquement défectueuse*, car en faisant la comparaison nécessaire pour identifier la discrimination, la Cour change non seulement le sexe de la victime, mais aussi le sexe du partenaire de la victime.

étonnant qu'il soit, un tel raisonnement, vicié parce que fondé sur une prémisse erronée, n'est pas l'apanage de la seule Cour de justice. Il était le raisonnement que tenait la Cour suprême du Canada avant l'arrêt *Andrews* de 1989⁴⁶⁶, et une même erreur se retrouve parfois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶⁷.

Ce raisonnement de la Cour ne pourrait se justifier qu'en soutenant qu'elle souhaitait seulement montrer que la différence opérée n'était pas fondée sur le *sexe*, hommes et femmes étant affectés également par la mesure. Mais même cette justification ne résiste pas à l'analyse, car en répondant de la sorte, elle répond inévitablement à la ... troisième question, celle de savoir si l'orientation sexuelle est incluse dans la notion de sexe.

Pour répondre à la deuxième question, la Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour conclure, qu'en l'état actuel du droit communautaire, de telles relations stables entre partenaires de même sexe ne sont pas assimilées à celles entre partenaires de sexe différent et qu'il appartient à chaque législateur national d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation (point 36). Cette conclusion⁴⁶⁸ doit être approuvée, car elle paraît la plus sage et la plus respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs. Cette question rebondit aujourd'hui, essentiellement aux Etats-Unis et au Canada⁴⁶⁹, à propos de l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, suite à l'arrêt *Lawrence* de 2003 de la Cour suprême US⁴⁷⁰ et

K. Berthou et A. Masselot, « Le mariage, les partenariats et la CJCE : ménage à trois », *C.D.E.*, 2003, pp. 679 et 683, vont plus loin et affirment que cet arrêt marque un retour en arrière quant à l'utilisation du comparateur ; elles se réfèrent à cet égard à la jurisprudence de la Cour sur les femmes enceintes, dans laquelle la Cour n'a pas jugé utile d'appuyer son raisonnement sur un comparateur. Cette critique ne paraît en revanche pas fondée. Seules les femmes pouvant être enceintes, la Cour a légitimement pu aboutir à un constat de discrimination à leur rencontre sans devoir recourir à une comparaison avec un autre groupe, inexistant. La situation des homosexuels et lesbiennes est tout autre.

⁴⁶⁶ Dans l'affaire *Bliss*, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. La Cour suprême refusa de constater l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, car toutes les femmes enceintes étaient traitées de la même manière !

⁴⁶⁷ Dans *Frátrik* (décision sur la recevabilité) ainsi que, dans une moindre mesure, l'arrêt *Odièvre*

⁴⁶⁸ Répétée également par le Tribunal et la Cour dans l'affaire *D.* intervenue dans le contexte du contentieux de la fonction publique. C. Timmermans, « The European Union's judicial system », *CMLRev.*, 2004, pp. 393 et 398, juge à la Cour de justice, a reconnu que dans un tel domaine, la Cour de justice doit nécessaire prendre en considération le large spectre de conceptions et traditions sociales et culturelles divergentes existant dans les différents Etats membres.

⁴⁶⁹ Mais la question a aussi été abordée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision sur la recevabilité dans l'affaire *Mata Estevez* ; voy. *infra*, texte sous note (xxx).

⁴⁷⁰ Voir édition électronique du *Washington Post* du 27 juin 2003, « A Debate on Marriage, And More, Now Looms », p. A01. Pour un résumé des débats entourant ces questions, voy. le dossier qui y a été consacré dans la *116 Harvard Law Review* (2003), p. 2004, « Inching Down the Aisle : Differing Paths Towards the Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Europe » et dans la *38 New England Law Review*, (2003-2004), p. 487, « Can Anyone Show Just Cause Why These Two Should Not Be Lawfully Joined Together ? », ainsi que M. Strasser, « Equal Protection at the Crossroads : On *Baker*, Common Benefits, And Facial Neutrality », *42 Arizona Law Review*, (2000).

En novembre 2003, la cour suprême du Massachusetts considéra également que la constitution de cet état accorde un droit au mariage civil des homosexuels, confirmant ainsi que la Cour suprême US ne pourra plus longtemps ignorer la question, voy. édition électronique du *Washington Post* du 19 novembre 2003, « Gay

à l'arrêt d'une cour d'appel canadienne⁴⁷¹. Contrairement à l'attitude adoptée par celle-ci, il pourrait être soutenu qu'un tribunal n'est pas investi de la compétence de dicter à la société ce qu'il faut entendre par « mariage ». Il s'agit là d'un choix de société qui appartient au seul législateur⁴⁷².

La Cour de justice ayant conclu que la différence de traitement n'était pas fondée sur le sexe et que le droit communautaire – quelle disposition ? – n'assimile pas relations entre partenaires stables de même sexe et relations identiques entre partenaires de sexe opposé, sa marge de manœuvre pour répondre à la troisième question, qu'elle avait elle-même fixée, de savoir si la notion de sexe couvre celle d'orientation sexuelle, était inexistante. Pour y répondre négativement, elle se réfère à la jurisprudence d'autres organes internationaux – Cour et Commission européenne des droits de l'homme, Comité des droits de l'homme des Nations unies – pour conclure qu'en toute hypothèse « la portée de cet article, comme celle de toute disposition de droit communautaire, ne peut être déterminée qu'en tenant compte de son libellé et de son objectif, ainsi que de sa place dans le système du traité et du contexte juridique dans lequel » (point 47). Elle ajoute que sa jurisprudence *P.* n'est pas transposable en l'espèce, car la discrimination fondée sur la conversion sexuelle, fondée

Marriage Is a Right, Massachusetts Court Rules », p. A01. En 2004, le législateur de cet état proposa un amendement à la Constitution de l'état pour interdire le mariage entre personnes du même sexe, mais y inscrire en même temps l'union civile entre personnes du même sexe. Cet amendement sera soumis au vote des électeurs en 2006 (xx). En revanche, la cour suprême de l'Arizona refusa de réexaminer, en 2004, un arrêt de la cour d'appel de cet état (*Standhardt v. Superior Court*) selon lequel l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe ne viole pas le principe d'égalité contenu dans la constitution de cet état et dans le 14^e Amendement à la Constitution fédérale ni la *Due Process Clause* de celui-ci. La même année, la cour suprême de Californie annula 4000 mariages homosexuels autorisés par la ville de San Francisco pour violation du droit de cet état. Toujours en 2005, le Congrès américain adopta une loi (xxx vérifier si sénat aussi) interdisant aux juridictions fédérales, y compris la Cour suprême, de statuer sur la constitutionnalité du *Defense of Marriage Act* de 1996, lequel établit qu'aucun état n'a l'obligation de reconnaître le mariage entre homosexuels intervenu dans un autre état ; par ailleurs les électeurs ont voté, par référendum, dans onze états, pour ajouter un amendement à la constitution de ces états et définissant le mariage comme l'union entre un homme et une femme. En novembre 2004, la Cour suprême US refusa toutefois d'examiner un appel introduit contre l'arrêt de la cour suprême du Massachusetts.

⁴⁷¹ De l'Ontario, affaire *Halpern c. Attorney General of Canada*. Cette cour d'appel a même jugé que la meilleure manière de remédier à cette discrimination était de déclarer invalide la définition existante du « mariage » et de la redéfinir comme « l'union volontaire pour la vie de deux personnes à l'exclusion de tous les autres » (para. 148). Le gouvernement fédéral a déposé en 2003 un projet visant à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe. L'opposition parlementaire à ce projet est néanmoins vivace, ainsi qu'en témoigne un vote rejetant seulement par 137 voix contre 132 une motion affirmant que le mariage est l'union exclusive d'un homme et d'une femme ; édition électronique du *Quotidien* du 17 septembre 2003, « Mariage gai, un premier test réussi ». Ce projet de loi a été soumis pour avis à la Cour suprême du Canada. Dans son arrêt *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* de décembre 2004, la Cour suprême du Canada affirme la compétence du gouvernement fédéral pour adopter cette législation. Elle établit par ailleurs qu'une interprétation « figée » du concept de « mariage » irait « à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne ». Elle juge également que l'objectif de la loi « loin de contrevenir à [l'article 15, paragraphe 1 de] la Charte, découle de celle-ci ». Elle refuse en revanche de répondre à la question de savoir si l'exigence, posée par la *common law* et la législation du Québec, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier est conforme à la Charte.

⁴⁷² M. Levinet, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 889 et 902, rappelle que dans l'exercice de sa mission le juge ne doit pas perdre de vue que ce sont les lois civiles qui sont les principes structurants de la vie de l'homme en société.

essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de la personne concernée est étroitement liée à celle fondée sur l'appartenance à un sexe déterminé. Elle ne peut donc être étendue à celle fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne (point 42). Cette conclusion est un peu lapidaire et l'on pourrait glosier à l'infini sur son bien-fondé. Dans l'introduction, il a été souligné qu'à la même époque la Cour suprême du Canada est arrivée à une solution inverse⁴⁷³ alors que la Federal Court australienne adoptait le même point de vue. En définitive, il se peut que l'attitude de la Cour de justice soit plus révélatrice de son absence de volontarisme sur ce point que nécessairement justifiable au titre d'un raisonnement juridique inattaquable⁴⁷⁴.

Si la conclusion à laquelle aboutit la Cour n'est pas nécessairement critiquable, le raisonnement utilisé pour y parvenir n'est donc pas toujours convaincant. Il faut en outre ajouter que la Cour de justice n'examine pas, après avoir jugé que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas contraire au principe de non-discrimination fondée sur le sexe, si pareille différence n'est toutefois pas contraire au principe d'égalité lui-même. A côté des motifs spécifiques de discrimination inscrits dans le traité – nationalité et sexe, plus ceux de l'article 13 aujourd'hui –, le principe d'égalité, reconnu comme principe général du droit communautaire et droit fondamental de la personne humaine, selon la jurisprudence de la Cour de justice, ne commandait-il pourtant pas en effet que *toute* différence de traitement, et non pas seulement celles expressément prohibées par le traité, et celles qui, déguisées ou indirectes peuvent y être assimilées, doit être justifiée sous peine de violer ce principe d'égalité ?

§ 2 – L'égalité : un concept à redécouvrir ?

De tout temps, la Cour et le Tribunal ont attribué une signification identique au principe d'égalité et à l'interdiction de discrimination : viole le principe d'égalité la mesure qui discrimine entre deux personnes ou groupes placés dans une situation comparable. Comme l'avait affirmé l'avocat général Capotorti dans l'affaire *Rückdeschel*, « le principe de non-discrimination s'identifie avec celui de l'égalité de traitement ».

⁴⁷³ La Cour suprême n'a pas conclu que la notion de sexe englobait la notion d'orientation sexuelle, mais que bien qu'absent de la liste des motifs de discrimination prohibés, celle-ci devait être comprise comme incluse dans cette liste.

⁴⁷⁴ Compte tenu de la nécessité pour la Cour de tenir compte du fait que ses arrêts s'appliquent dans quinze (alors, mais aujourd'hui vingt-cinq) Etats membres, lesquels ont des sensibilités extrêmement divergentes sur ce point, sa réserve peut aisément se comprendre.

La conséquence que cette affaire a eue sur l'affaire *Perkins*, alors pendante, est néanmoins difficile à admettre (voir *supra*, p. xxx et texte sous note (xxx)). Il convient encore de noter que saisie par M. Perkins, la Cour européenne des droits de l'homme a, en 2002, jugé contraire à l'article 8 (droit au respect de la vie privée) la législation britannique que la Cour de justice avait estimé ne pas devoir examiner.

Il paraît pourtant possible de contester ce qui semble être une évidence⁴⁷⁵.

Dans le domaine de la libre circulation des personnes ou des services, le traité n'interdit formellement que les *discriminations* fondées sur la nationalité, ainsi que sur la résidence dans le second cas. Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, est interdite la *discrimination* fondée sur le sexe. La mention d'un critère exclusif de non-discrimination dans ces deux domaines semble aller de soi : la nationalité est *le* critère susceptible d'aboutir à un traitement défavorable de celui qui exerce son droit à la libre circulation. Le sexe est *le* critère utilisé pour défavoriser les personnes appartenant à un genre déterminé. La mention d'un autre critère prohibé de discrimination ne semblait pas s'imposer.

Dans le domaine de la PAC, il en allait autrement. La poursuite des objectifs du traité dans ce domaine supposait, notamment, l'interdiction de *toute discrimination entre producteurs ou consommateurs*. Compte tenu de cet objectif, l'interdiction ne pouvait se limiter à la seule nationalité des producteurs ou des consommateurs. En affirmant, dès lors, que l'article 34, paragraphe 2, du traité, « *qui énonce l'interdiction de toute discrimination dans le cadre de la politique agricole commune, n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité, lequel exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* »⁴⁷⁶, la Cour de justice justifie pleinement l'affirmation de l'avocat général Capotorti : le principe d'égalité est violé si une discrimination, *quel que soit le motif sur lequel celle-ci est fondée*, est constatée entre producteurs ou consommateurs. Dans leur jurisprudence sur la PAC, la Cour et le Tribunal ont donc appliqué le principe d'égalité en examinant *tous* les motifs de discrimination invoqués au soutien d'une prétendue violation du principe d'égalité⁴⁷⁷. Le plus souvent, la Cour a conclu à l'absence de violation du principe d'égalité, mais généralement en estimant que le traitement différent s'expliquait par le fait que les situations en cause étaient objectivement différentes⁴⁷⁸ ou par l'absence de comparabilité des situations⁴⁷⁹. Parfois, elle a abouti au même résultat en considérant que la différence de traitement était

⁴⁷⁵ Aussi généralement pour la doctrine, voy., par exemple, S. Robin-Olivier, p.19. En revanche, R. Hernu (voy. par exemple p. 57) a articulé toute sa thèse de doctorat sur l'existence conjointe d'un principe d'égalité et d'un principe de non-discrimination, le premier constituant le fondement de l'interdiction des interdictions spéciales du second.

⁴⁷⁶ Voy., parmi de très nombreux cas, l'arrêt *Karlsson*, point 39.

⁴⁷⁷ Dans l'arrêt *Allemagne c. Conseil* de 1994 (« bananes » - C-280/93), point 68, la Cour est même allée plus loin et a élargi le champ d'application personnel du principe en affirmant que « *en raison de la généralité du principe de non-discrimination, l'interdiction de discrimination s'applique également à d'autres catégories d'opérateurs économiques soumis à une organisation commune de marché* ».

⁴⁷⁸ Voy. notamment les arrêts *Unilever* et *Eridania*.

⁴⁷⁹ Voy., notamment, les arrêts *Espagne c. Commission* (« FEOGA 1995 » - C-374/99), *Belgique c. Commission* (« FEOGA 1993 » - C-242/97) et *Koninklijke Coöperatie Cosun* (arrêt du Tribunal).

justifiée⁴⁸⁰ ou même que la différence de traitement était inhérente à l'objectif de l'intégration des marchés dans la Communauté⁴⁸¹. La Cour a aussi fondé cette jurisprudence sur la reconnaissance du large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur communautaire dans cette matière.

I – Tribunal, attitude volontariste dans le contentieux de la fonction publique

La situation était encore différente dans le domaine du contentieux de la fonction publique. Déjà dans l'arrêt *Razzouk*, de 1984, la Cour avait conclu que « *dans les relations entre les institutions communautaires, d'une part, et leurs employés et les ayants droit de ceux-ci, d'autre part, les exigences qu'impose ce principe [de l'égalité entre hommes et femmes] ne sont nullement limitées à celles découlant de l'article [141] du traité ou des directives communautaires adoptées dans ce domaine* » (point 17). La Cour estimait donc que, dans ce domaine, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe n'est pas limitée à celles expressément prévues par les autres dispositions du droit communautaire, mais s'étend à toute différenciation fondée sur ce critère⁴⁸². Cette interprétation ne contredisait pas l'article 1^{er} du Statut, lequel interdisait déjà les discriminations fondées sur le sexe. La Cour lui donnait simplement une interprétation étendue⁴⁸³.

Mais de tout temps, la Cour, et surtout aujourd'hui le Tribunal, ne se sont pas arrêtés là. Bien que l'article 1^{er} bis contienne une liste exhaustive de motifs de différenciation prohibés⁴⁸⁴, ils ont toujours appliqué, dans le contentieux de la fonction publique, le principe d'égalité et non le principe de non-

⁴⁸⁰ Voy., notamment, les arrêts *Denkavit Nederland* (par la santé publique) ; *Hauer* (par le souci de maintenir un niveau de vie équitable de la population agricole) ; *Gasconne Limousins* (par le souci de réagir au risque d'un déséquilibre pouvant apparaître sur le marché entre la production et les possibilités d'écoulement).

⁴⁸¹ Arrêt *Bocchi*.

⁴⁸² Selon les dispositions du Statut en vigueur à l'époque, la veuve d'un fonctionnaire ou d'un ancien fonctionnaire avait droit à une pension de survie égale à 60 % de la pension d'ancienneté ou d'invalidité dont son conjoint bénéficiait ou dont il aurait bénéficié s'il avait pu y prétendre, sans condition de durée de service, au moment de son décès. Ce droit était indépendant des ressources propres de la veuve et la pension de survie pouvait même être cumulée avec le traitement éventuel de celle-ci en tant que fonctionnaire communautaire. Au contraire, selon une autre disposition du Statut, le conjoint d'un fonctionnaire de sexe féminin décédé ne pouvait prétendre à une pension de survie que pour autant qu'il ne bénéficiait pas de ressources propres et qu'il était atteint d'une infirmité ou d'une maladie grave le rendant définitivement incapable d'exercer une activité lucrative. En outre, le pourcentage fixe pour cette pension de survie était de 50 et non de 60 % comme pour la pension de veuve.

⁴⁸³ R. Hernu (p. 51) voit dans cet arrêt une application du principe d'égalité. Il résulte pourtant explicitement de cet arrêt que la Cour y interprète le seul principe de non-discrimination fondée sur le sexe, inscrit dans le Statut.

⁴⁸⁴ « *Les fonctionnaires ont droit dans l'application du statut à l'égalité de traitement sans référence, directe ou indirecte, à la race, à la conviction politique, philosophique ou religieuse, au sexe ou à l'orientation sexuelle, sans préjudice des dispositions statutaires pertinentes requérant un état civil déterminé* ». Depuis l'entrée en vigueur de la « réforme » du Statut en 2004, cette disposition, devenue l'article 1^{er} quinquies, se lit désormais comme suit : « *Dans l'application du présent statut est interdite toute discrimination, telle qu'une discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Le libellé de cette disposition est directement inspiré de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.

discrimination⁴⁸⁵. En d'autres termes, ils ont toujours vérifié que le critère de différenciation utilisé, *quel qu'il soit*, ne violait pas le principe d'égalité, sans se soucier de savoir si ce critère figurait parmi ceux inscrits expressément à l'article 1^{er} bis⁴⁸⁶. Il convient de noter, à cet égard, que le Tribunal n'affirme pas qu'il applique spécifiquement le principe d'égalité, mais déclare au contraire qu'il examine une potentielle violation des ... ou du principe(s) de non-discrimination ... *et* d'égalité de traitement⁴⁸⁷ ! Cette jurisprudence du Tribunal peut se diviser en deux approches.

1) L'approche *Burrill*

⁴⁸⁵ R. Hernu (p. 61) y voit une preuve de l'application « palliative » du principe d'égalité, mais on pourrait soutenir que la Cour que le Tribunal ne font pas seulement une telle application « palliative » de ce principe, mais ont constamment substitué celui-ci à l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 1^{er} du Statut.

⁴⁸⁶ Le précédent de l'arrêt *Ainsworth* de 1987 est intéressant à rappeler dans ce contexte, car il illustre, d'une part, le fait que le TPI, bien plus que la Cour, a développé cette attitude volontariste dans le contentieux de la fonction publique, et, d'autre part, que l'absence de discrimination et d'égalité ne signifient pas nécessairement la même chose. M. Ainsworth et certains de ses collègues attaquaient devant la Cour la légalité des statuts du Joint European Torus (JET), entreprise commune créée par décision du Conseil dans le domaine de la recherche thermonucléaire. En vertu de ses statuts, le siège du JET était fixé au Royaume-Uni auprès de la United Kingdom Atomic Energy Authority (UKAEA). Toujours selon ces statuts, le personnel mis à disposition du JET par l'UKAEA continuerait à être employé par cette organisation dans les conditions d'engagement prévues par celle-ci. En revanche, le personnel mis à disposition du JET par les autres membres de l'entreprise commune (entreprises équivalentes de l'UKAEA dans les autres Etats membres, notamment) devait être recruté par la Commission et acquerrait le statut d'agent temporaire. Les conditions salariales, notamment, de ces derniers étaient plus avantageuses. M. Ainsworth estimait dès lors que les statuts du JET violaient le principe d'égalité, notamment dans la mesure où tous les candidats britanniques devaient être employés par l'UKAEA avant de pouvoir être mis à la disposition du JET, de sorte qu'ils étaient seuls exclus du recrutement en qualité d'agents temporaires de la Communauté. Des premières conclusions furent déposées par l'avocat général VerLoren van Themaat. Il partit de la constatation que le personnel était traité différemment selon qu'il provenait ou non de l'organisation hôte. Selon lui, cette différence, fondée sur la nationalité, n'était justifiée par aucune raison objective de sorte qu'elle violait « le principe général de non-discrimination fondé sur la nationalité ». Ses conclusions appellent quelques remarques. D'une part, il admettait, contrairement à une jurisprudence constante de la Cour, qu'une différence de traitement même fondée sur la nationalité peut être justifiée par une raison objective. D'autre part, il évoquait la violation d'un principe général sans mentionner de disposition spécifique, alors que, semble-t-il, l'article 39 du traité avait été mentionné devant la Cour. Il est vraisemblable que cette formulation peu habituelle était due au fait que parmi les requérants figuraient deux ressortissants néo-zélandais et canadien. L'affaire ayant été renvoyée, après ces conclusions, devant la Cour plénière, de nouvelles conclusions furent déposées par l'avocat général Mischo. Ce dernier, conscient de la difficulté soulevée par la mention d'un « principe général de non-discrimination fondé sur la nationalité » essaya de contourner la difficulté. Ayant fait le même constat initial d'une différence de traitement, il déclara qu'il « *reste à savoir s'il y a lieu d'examiner cette différence de traitement à la lumière du principe d'égalité de traitement ou du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité* ». Compte tenu que certains requérants étaient ressortissants de pays tiers, il jugea « préférable, en fin de compte, d'examiner le problème à la lumière du principe de l'égalité de traitement ». Après un examen minutieux de la situation de chacun des groupes, il conclut à la violation du principe d'égalité. La Cour n'éprouva pas les doutes de l'avocat général Mischo et constata que les statuts du JET contiennent une discrimination fondée sur la nationalité, ajoutant cependant que cette discrimination a été sans effet sur la situation concrète des requérants de sorte qu'elle n'a pas entaché la légalité des statuts du JET. Elle n'examina donc pas si ces statuts violaient en outre le principe d'égalité.

⁴⁸⁷ Voy., par exemple, les arrêts du Tribunal dans *Hirsch* (point 51), dans lequel il parle du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, dans *D.* (point 22) dans lequel il examine une prétendue violation des principes d'égalité de traitement *et* de non-discrimination, et dans *Breton* (point 99) dans lequel il parle du principe d'égalité *ou* de non-discrimination !

La même ambiguïté rédactionnelle se retrouve également dans les arrêts de la Cour, voy. entre autres l'arrêt *Caballero*, point 32, dans laquelle elle se réfère au principe général d'égalité et de non-discrimination.

Dans la première, la plus fréquente⁴⁸⁸, il se limite à constater l'existence d'une discrimination entre fonctionnaires pour un motif non expressément visé dans le Statut. Ainsi dans l'arrêt *Burrill*, de 1999, les plaignants, conjoints et tous deux fonctionnaires, avait introduit une demande visant à ce qu'une partie du congé de maternité prévu par le Statut soit partagée entre eux, de telle sorte que, pendant la période correspondante, ils puissent exercer leurs fonctions à mi-temps. Le Tribunal rejeta leur plainte au motif, notamment, que dans le cas où un seul des parents serait soumis au Statut, le partage envisagé ne serait plus réalisable. Il y aurait donc *discrimination* entre fonctionnaires (point 47). Cette conclusion n'est pas contestable. Néanmoins, si le Tribunal parle de *discrimination* lorsque le critère de distinction utilisé n'est pas un des motifs visés par l'article 1^{er} bis du Statut, quels sont encore le sens et la portée de cette disposition ? En toute hypothèse, cette approche soulève au moins une question théorique : si le législateur s'est, volontairement, imposé de ne pas traiter différemment les fonctionnaires selon certains critères expressément mentionnés, le raisonnement du Tribunal menant au constat d'une violation du principe d'égalité de traitement, selon que la discrimination est fondée sur l'un de ces critères explicites ou sur n'importe quel autre critère, peut-il - doit-il - être identique ?

Lorsqu'il aborde l'examen d'une prétendue discrimination ou d'une violation alléguée du principe d'égalité, le Tribunal commence toujours par affirmer « *qu'il y a violation de ce principe lorsque deux catégories de personnes dont les situations juridiques et factuelles ne présentent pas de différence essentielle se voient appliquer un traitement différent ou lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique* »⁴⁸⁹. Le Tribunal applique donc, clairement, dans le contentieux de la fonction publique un principe d'égalité devant la loi. La relation entre celui-ci et le principe de non-discrimination énoncé à l'article 1^{er} bis du Statut n'est toutefois pas claire. En appliquant un raisonnement identique quel que soit le critère de différenciation utilisé, le Tribunal n'ignore-t-il pas le fait que le législateur a spécifiquement mentionné certains critères spécifiques de discrimination prohibée ? Son raisonnement ne devrait-il pas au contraire tenir compte de cette volonté expresse du législateur et, par exemple, soumettre la justification d'une différence de traitement fondée sur un des critères explicitement mentionnés à un examen plus rigoureux ? A tout le moins, le Tribunal ne devrait-il pas, comme la Cour suprême US (voy. II^e Partie, chap. II), *hiérarchiser* les différents motifs – une différence fondée sur la race est moins justifiable qu'une différence fondée sur un autre motif – et donc affiner son examen des causes possibles de justification de la différence de traitement ? La question n'est pas que théorique. S'il est vrai qu'un tel principe d'égalité devant la loi n'existe à

⁴⁸⁸ Voy. aussi, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt du Tribunal dans *Papadeas*, dans lequel la requérante se plaignait d'une *discrimination* fondée sur la langue, ayant choisi de passer les épreuves du concours en grec. Or, les candidats ayant choisi cette langue n'avaient pas pu passer leur épreuve dans une cabine, mais dans une salle et les ordinateurs n'avaient pas été configurés correctement pour écrire en grec.

⁴⁸⁹ Voir, entre autres, les arrêts *Apostolidis*, point 61, et la jurisprudence citée, et *Drouvis*, point 40, et la jurisprudence citée.

l'heure actuelle que dans le contentieux de la fonction publique⁴⁹⁰, un tel principe se retrouve aujourd'hui consacré par la Constitution européenne (article II-80), et ce principe coexiste également avec un principe d'interdiction des discriminations fondées sur toute une série de motifs (article II-81). La question de la relation entre ces deux dispositions sera donc certainement cruciale dans les prochaines années.

Si l'approche « *Burrill* » pose un problème réel, c'est un problème encore plus délicat que soulève l'approche « *C.* ».

2) L'approche *C.*

Dans l'affaire *C.* (T-307/00), était en cause la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition du Statut (article 80, alinéa 4) régissant l'octroi des pensions d'orphelins. Cette disposition prévoyait⁴⁹¹ que « *si le conjoint ni fonctionnaire ni agent temporaire d'un fonctionnaire ou d'un ancien fonctionnaire titulaire d'une pension d'ancienneté ou d'invalidité est décédé, les enfants reconnus à la charge du conjoint survivant, au sens de l'article 2 de l'annexe VII, ont droit à une pension d'orphelin fixée pour chacun au double du montant de l'allocation pour enfant à charge* ». La plaignante, enfant d'une fonctionnaire de la Commission, réclamait le bénéfice de cette disposition, en invoquant le fait qu'en soumettant son application à la condition que le parent décédé devait être le *conjoint* du fonctionnaire, elle était illégale, car elle violerait le principe d'égalité de traitement. Son père n'avait jamais été le conjoint de sa mère, ses parents n'avaient jamais vécu ensemble, mais il avait régulièrement contribué à l'entretien de la plaignante en versant une pension alimentaire depuis qu'elle avait atteint l'âge de trois ou quatre ans⁴⁹².

Cette argumentation posait deux questions délicates intrinsèquement liées. D'une part, le critère de différenciation utilisé par l'article 80, alinéa 4, du Statut, soit le statut marital, n'est pas prohibé par l'article 1^{er} bis. Dès lors, et d'autre part, soutenir que cette disposition est illégale implique de conclure qu'elle viole le principe d'égalité, principe général du droit communautaire, ce qui revient en définitive à dicter au législateur les conditions d'octroi de telles pensions.

⁴⁹⁰ Même si un principe similaire semble exister dans la PAC, il découle d'un examen de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, lesquels reconnaissent un pouvoir d'appréciation discrétionnaire extrêmement large au législateur, qu'un constat d'une violation de ce principe d'égalité est très rare, ce qui rend assez théorique son application.

⁴⁹¹ Avec la « réforme » du Statut entrée en vigueur en 2004, cette disposition a été supprimée.

⁴⁹² Elle en avait 15 lorsque son père est mort.

Le Tribunal était à l'évidence conscient de l'importance théorique fondamentale de cette affaire, puisque celle-ci fut, fait rarissime, confiée à une Chambre élargie composée de cinq juges⁴⁹³.

Le Tribunal rappelle tout d'abord sa jurisprudence classique sur le principe d'égalité devant la loi, et, sur cette base, déclare qu'en l'espèce « *il s'agit de vérifier si répond aux exigences d'objectivité, de raison et de proportionnalité [...], la différenciation du traitement réservé par [le] statut, aux situations suivantes: d'une part, celle du fonctionnaire ayant perdu son conjoint, non fonctionnaire ni agent, dont l'enfant a droit à la pension d'orphelin; d'autre part, celle, n'ouvrant pas droit à un tel bénéfice, du fonctionnaire non marié, telle la requérante, qui se retrouve seul à faire face à l'entretien de l'enfant à sa charge à la suite du décès du parent non fonctionnaire ni agent qui contribuait effectivement à cet entretien en dehors d'un lien marital avec le parent fonctionnaire* » (point 50). S'agissant du but de la disposition, il estime que « *l'objectif de cette disposition peut donc être défini comme prévoyant une compensation pour le surcoût résultant du décès d'une personne censée contribuer, de son vivant, à l'entretien de l'enfant* » (point 51). Or, déclare le Tribunal, la situation de la requérante est certainement comparable à celles des personnes visées par le Statut.

S'agissant de l'éventuelle justification de la disposition, le Tribunal affirme que la disposition en cause « *poursuit un objectif légitime, dans la mesure où il prévoit l'application du bénéfice qu'il vise à des situations qui correspondent, de manière générale, à la perte, par le fonctionnaire et son enfant, d'un apport matériel à l'entretien de ce dernier* »⁴⁹⁴ (point 54). Or, selon le Tribunal « *dans la mesure où l'application de ce critère emporte l'exclusion du bénéfice du droit en cause dans une situation dans laquelle un apport matériel à l'entretien de l'enfant du fonctionnaire non marié était effectivement assuré par la personne décédée conformément à une obligation légale découlant de la reconnaissance par celle-ci de l'enfant, ce même critère n'est pas raisonnable. En l'état actuel du développement de la société, ce critère n'est pas approprié pour identifier un surcoût effectif censé être supporté par le fonctionnaire dans l'entretien de son enfant, comme le démontrent les faits de la présente espèce. En effet, si la disposition en cause suppose que le fonctionnaire est censé supporter un surcoût dans le cas du décès de son conjoint, elle devrait supposer qu'un tel surcoût se produit également dans le cas de décès de l'autre parent, non conjoint du fonctionnaire, ayant reconnu l'enfant et étant, de ce fait, légalement obligé de l'entretenir. Dans la mesure où il ne couvre pas une telle situation, le critère adopté par la disposition litigieuse n'est pas proportionné à son but, à savoir*

⁴⁹³ Dans la très grande majorité des cas, le contentieux de la fonction publique est attribué à une Chambre composée de trois juges et dans une petite minorité de cas à un juge unique. Une recherche sur CELEX semble indiquer qu'entre 1989, date d'installation du Tribunal, et 2003, date de cet arrêt, seules deux autres affaires dans ce domaine, ayant un seul objet, ont été confiées à des Chambres élargies.

⁴⁹⁴ Dans sa pratique, la Commission avait également étendu l'application de cette disposition aux enfants de parents divorcés ou formant un ménage de fait stable.

celui de limiter l'octroi du bénéfice à des situations correspondant, de manière générale, à une perte pour le fonctionnaire d'une contribution à l'entretien de son enfant » (point 56).

Ce raisonnement et la conclusion à laquelle il permet au Tribunal d'aboutir soulèvent une question délicate sur la relation entre le principe de non-discrimination, inscrit à l'article 1^{er} bis du Statut, et le principe général d'égalité – comme dans l'approche *Burrill* –, mais le caractère délicat de cette question est amplifié par la circonstance qu'en l'espèce – à l'inverse de ce qui se passe dans les cas relevant de l'approche *Burrill* – le législateur avait *explicitement* exprimé un choix dans la rédaction de la disposition litigieuse du Statut. Le fait que le Tribunal soumette celui-ci à un examen de conformité au principe d'égalité n'est pas, en soi, critiquable. Dès lors qu'il ne se fondait pas sur un des critères de différenciation expressément prohibés par le Statut, le Tribunal n'est-il toutefois pas sorti de son rôle⁴⁹⁵ en soumettant ce choix à un examen identique à celui qu'il aurait adopté s'il avait été fondé sur un de ces critères expressément prohibés ?

En d'autres termes, l'examen de proportionnalité auquel se livre le Tribunal ne devrait-il pas dans un tel cas se limiter à vérifier – comme le Tribunal le fait d'ailleurs dans le domaine de la PAC – que le choix du législateur est *manifestement arbitraire* ? A l'inverse, en appliquant un test de proportionnalité identique quel que soit le motif de différenciation – explicitement prohibé ou non – le Tribunal ne s'arroge-t-il pas un pouvoir exorbitant tout en semblant, en outre, donner à tous ces critères une même importance, alors que tel ne devrait pas être le cas ?⁴⁹⁶ Le Tribunal devrait adopter dans ce contexte la même attitude que la Cour suprême US lorsqu'elle a à juger de la compatibilité avec le 14^e Amendement à la Constitution de mesures établissant une classification entre diverses catégories de personnes. Par ailleurs, on peut contraster cette attitude très volontariste du Tribunal avec la réserve exprimée par la Cour européenne des droits de l'homme dans des situations similaires^{497 498}.

⁴⁹⁵ H. Surrel, p. 744, parle d'une attitude « audacieuse » du Tribunal.

⁴⁹⁶ Il peut être utile de noter à cet égard que l'attitude du Tribunal a peut-être été influencée par le fait qu'en réponse à une question qui lui avait été posée, la Commission a indiqué à l'audience que cette disposition allait être supprimée, de sorte que les effets pratiques, essentiellement financiers, de l'arrêt du Tribunal, resteraient limités. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt ne fut pas rendu à l'unanimité des juges.

⁴⁹⁷ Ainsi, dans sa décision sur la recevabilité dans l'affaire *Zouboulidis*, la Cour européenne jugea « qu'il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des autorités étatiques compétentes, lesquelles ont décidé d'allouer l'allocation en question seulement aux fonctionnaires titulaires et permanents du ministère. A défaut d'arbitraire, la Cour ne saurait remettre en question les motifs des autorités nationales d'estimer ce choix fondé sur une justification objective et raisonnable ». De même, dans sa décision sur la recevabilité dans l'affaire *Belaousof*, elle conclut « qu'il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des autorités étatiques compétentes, lesquelles ont décidé d'allouer l'allocation en question seulement aux retraités qui ont quitté leur service après le 1er janvier 1990. La Cour ne saurait remettre en question les motifs des autorités nationales d'estimer ce choix fondé sur une justification objective et raisonnable ». Dans le même sens, voy. la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Charmantas*.

⁴⁹⁸ Le Tribunal lui-même n'a pas toujours eu la même attitude audacieuse que dans *C.*. Ainsi dans *D.*, il manifesta à l'égard du pouvoir discrétionnaire du législateur une déférence qu'il n'eut certes pas dans *C.* et jugea

II – Cour, attitude réservée dans la libre circulation des travailleurs et l'égalité entre hommes et femmes

On peut légitimement se demander si cette approche du Tribunal, qui donne toute sa signification au concept d'égalité - lequel prohibe toute différence de traitement non justifiée, et pas seulement celles qui sont expressément prohibées - n'aurait pas pu être aussi celle de la Cour dans les domaines de la libre circulation ou de l'égalité entre hommes et femmes ? Deux exemples peuvent illustrer cette problématique.

Imaginons un ressortissant français, d'origine antillaise, candidat à un emploi à Londres, et qui se verrait refuser celui-ci en raison de la couleur de sa peau. Il semble évident qu'il ne pourra pas se plaindre d'une discrimination directe fondée sur sa nationalité, ni même d'une discrimination indirecte, puisqu'un tel refus serait opposé à tout candidat ayant la même couleur de peau et il n'est pas contestable qu'il y a, globalement, au moins autant de personnes de couleur au Royaume-Uni qu'en France. Si l'on écarte l'idée du recours à la notion d'entrave⁴⁹⁹, les dispositions régissant le droit à la libre circulation des travailleurs, *telles qu'elles sont interprétées par la Cour*, ne lui offrent donc aucun recours. Certes, la directive 2000/43 apporte désormais un remède à sa situation, mais qu'en était-il auparavant ? L'article 39 CE et le droit dérivé n'interdisent que les discriminations, directes et indirectes, fondées sur la nationalité. Mais, ainsi que cela résulte de la jurisprudence

« qu'il appartiendra donc au Conseil, le cas échéant, d'apporter au Statut, en sa qualité de législateur, les modifications permettant d'admettre à l'avenir les fonctionnaires se trouvant dans la situation du requérant au bénéfice de l'allocation de foyer du chef de leur partenaire » (point 32) ; voy. également l'arrêt Latino dans lequel il affirma (point 86) qu'il « ne saurait se substituer au législateur afin d'admettre que, dans le cas de certaines maladies multifactorielles, le doute doit profiter au fonctionnaire concerné lorsqu'il est objectivement impossible de déterminer, d'une part, si l'exercice de ces fonctions a vraisemblablement eu une incidence sur la détérioration de l'état de santé de l'intéressé, et, d'autre part, dans quelle mesure cet exercice a contribué par rapport à d'éventuels facteurs extraprofessionnels à cette détérioration ». Cette disparité dans l'analyse renforce l'impression d'une approche casuistique discrétionnaire.

Cette disparité, et le parfum d'ambiguïté qu'elle véhicule, sont amplifiés par l'arrêt *Lutz Herrera*. Dans cette affaire, la requérante estimait que la fixation d'une limite d'âge pour l'accès aux concours constitue une discrimination fondée sur l'âge. Dans un premier temps, le Tribunal constate que l'article 27 de l'ancien Statut interdisait, en matière de recrutement, toute discrimination fondée sur un certain nombre de motifs, mais pas l'âge. Il en conclut, contrairement à l'approche utilisée dans *C.*, que la fixation d'une telle limite n'est donc pas contraire à cette disposition (point 82). Mais il ajoute qu'il doit néanmoins vérifier si cette limite n'est pas contraire au principe d'égalité (point 92) ... et examine alors sa compatibilité non pas avec le principe général d'égalité, comme il le fait habituellement, mais avec le principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge édicté par la directive 2000/78... bien que la Cour de justice ait établi (arrêt *Rinke*, point 24) que les directives ne sont pas applicables en tant que telles aux institutions communautaires. Cet arrêt doit en outre être contrasté avec l'arrêt rendu à peine quatre mois plus tôt, par les mêmes trois juges, dans l'affaire *Alvarez Moreno*, dans laquelle le Tribunal jugea que la fixation d'une limite d'âge (65 ans) au recrutement d'interprètes auxiliaires de conférence, expressément voulue par le législateur, n'est pas opposable à cette catégorie d'auxiliaires, l'âge de l'interprète ne pouvant constituer un élément pertinent pour l'exécution des services en cause (point 89). Sur pourvoi, la Cour xxx

⁴⁹⁹ Laquelle supposerait que soit défendue l'idée que l'intéressé peut arguer qu'il a été dissuadé d'exercer son droit à la libre circulation. Outre son caractère éminemment subjectif, une telle approche ne prendrait de toute façon pas en considération le fait, probable, qu'un même refus aurait pu lui être opposé aussi à Paris.

constante⁵⁰⁰, pareille interdiction n'est que l'expression spécifique du principe d'égalité, lequel constitue une règle supérieure de droit⁵⁰¹ et un principe général du droit communautaire. Le principe d'égalité constitue la référence ultime d'interprétation à laquelle sont soumises toutes les dispositions du droit communautaire, primaire ou dérivé^{502 503}. Sur cette base, la Cour n'aurait-elle pas pu, dans un tel cas, ne pas se limiter à constater l'absence d'une discrimination fondée sur la nationalité, mais conclure en revanche à une violation du principe d'égalité ?

La question ne s'est jamais posée, mais l'on peut se demander si la Cour aurait adopté une *approche* « *Burrill* » dans une telle situation. Pourtant, il faut constater que par sa jurisprudence, très volontariste, sur le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union, au titre des articles 12 et 17 du traité, elle pourrait s'être obligée à adopter une *approche* « *C.* ». Dans l'affaire *Baumbast*, elle a notamment affirmé que, « dans des circonstances telles que celles des espèces au principal, où les enfants jouissent, en vertu de l'article 12 du règlement 1612/68, du droit de continuer leur scolarité dans l'État membre d'accueil tandis que les parents assurant leur garde risquent de perdre leurs droits de séjour à cause, dans une affaire, d'un divorce avec le travailleur migrant et, dans l'autre affaire, du fait que le parent ayant exercé une activité salariée dans l'État membre d'accueil en tant que travailleur migrant n'y travaille plus, *il est clair que le refus auxdits parents de la possibilité de demeurer dans l'État membre d'accueil pendant la scolarité de leurs enfants pourrait être de nature à priver lesdits enfants d'un droit qui leur a été reconnu par le législateur communautaire* » (point 71). Cette affirmation ne soulève pas de problème d'un point de vue juridique.

Mais quelle attitude la Cour adopterait-elle si l'enfant en cause était un « étudiant » au sens de la directive 93/96, c'est-à-dire un ressortissant d'un État membre ayant exercé son droit personnel à la libre circulation en tant qu'étudiant et non un enfant d'un travailleur bénéficiant du droit à la libre circulation en tant que membre de famille de ce travailleur ? Le législateur communautaire a, dans la directive 93/96⁵⁰⁴, limité expressément le cercle des membres de famille pouvant accompagner l'étudiant exerçant son droit à la libre circulation. Ce cercle ne s'étend notamment pas à ses parents.

⁵⁰⁰ Voy., par exemple, l'arrêt *Allué I*, point 11.

⁵⁰¹ Arrêt *Becker c. Cour des Comptes*, point 26 et la jurisprudence citée.

⁵⁰² *Avis* 2/94, point 24. Le respect du principe d'égalité est donc une condition d'égalité des actes adoptés par le législateur communautaire, voy. l'arrêt *Rinke*, points 24 à 28, concernant le principe d'égalité entre hommes et femmes.

⁵⁰³ Il convient pourtant de noter que dans le cas de recours directs dans le contexte du contentieux de la fonction publique, le Tribunal considère qu'un moyen fondé sur le principe d'égalité de traitement n'est pas recevable s'il est évoqué pour la première fois dans la requête, alors qu'il n'a pas été invoqué dans la réclamation administrative préalable. Pourtant, si toute disposition du droit communautaire inclut, nécessairement, le principe d'égalité, une telle invocation spécifique préalable ne semble pas devoir être nécessaire ; voy., par exemple, l'arrêt *Wieme*, points 18 et 19.

⁵⁰⁴ Et dans la nouvelle directive sur le droit de séjour des citoyens de l'Union (2004/38 – JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77), le législateur a maintenu cette restriction, en modifiant la proposition, plus généreuse, de la Commission ; voy. l'article 7, paragraphe 4.

Dans l'hypothèse d'un *adolescent-étudiant* de quinze, voire de douze ans, le refus de reconnaître un droit de séjour à ses parents dans l'Etat membre d'accueil ne serait-il pourtant pas, aussi clairement, de nature à priver cet étudiant d'un droit à la libre circulation ? Si elle se prononçait en ce sens, la Cour heurterait de front la volonté, explicite, exprimée par le législateur. Pourtant, toute autre solution amoindrirait la valeur juridique de l'argument utilisé dans l'arrêt *Baumbast* pour justifier le droit de séjour des parents de l'*étudiant-enfant de travailleur*⁵⁰⁵.

La Cour n'a pas, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, dans le seul cas où elle aurait pu redonner au principe d'égalité sa véritable signification, adopté une démarche volontariste similaire à celle du Tribunal dans l'arrêt *C.* Dans l'affaire *Grant*, après avoir considéré que le refus opposé par un employeur d'octroyer les mêmes réductions tarifaires aux partenaires de même sexe de ses employés ne constitue pas une violation fondée sur le sexe, elle a ajouté que, dans son état actuel, le droit communautaire ne couvre pas les *discriminations* fondées sur l'orientation sexuelle, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si ce refus était objectivement justifié. Pareille attitude n'aboutit-elle pourtant pas à dénaturer la valeur intrinsèque du principe d'égalité en le réduisant à la seule interdiction des discriminations formellement prohibées ? L'application du principe général d'égalité aurait, semble-t-il, dû la conduire à examiner si le motif de différenciation utilisé – l'orientation sexuelle de l'employé – était objectivement justifié dans une telle hypothèse. L'heure n'était peut-être pas encore venue pour une telle audace⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Dans son arrêt *Chen* de 2004, la Cour a effectivement abondé en ce sens en reconnaissant un droit de séjour dans l'Etat membre d'accueil à la mère, ressortissante d'un pays tiers, d'un bébé ayant la nationalité d'un Etat membre. Mais il convient de signaler qu'à la différence de la directive 93/96, la directive 90/364, sur le droit de séjour des citoyens, ne contient pas de disposition expresse excluant le droit au regroupement familial des parents.

⁵⁰⁶ Il faut constater que même dans l'interprétation du principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, l'attitude de la Cour à l'égard du principe d'égalité a aussi été ambiguë. Dans l'arrêt *Levy*, elle a en effet affirmé que « *s'il est exact que l'égalité de traitement entre hommes et femmes constitue un droit fondamental reconnu par l'ordre juridique communautaire, sa mise en oeuvre, même sur le plan communautaire, a été progressive, nécessitant l'intervention du Conseil par voie de directives, et que ces directives admettent, à titre temporaire, certaines dérogations au principe de l'égalité de traitement* » (point 16). Mais comment concilier l'affirmation que l'égalité de traitement entre hommes et femmes fait partie des droits fondamentaux de la personne humaine et des principes généraux du droit communautaire avec l'acceptation de la mise en oeuvre « *progressive* » de ce droit fondamental et principe général ?

Cette attitude quelque peu ambiguë se retrouve dans d'autres domaines que celui de l'égalité entre hommes et femmes, et notamment dans celui de la fiscalité indirecte, soit un autre domaine dans lequel le principe d'égalité n'a été mis en oeuvre que progressivement. Dans l'arrêt *Ideal Tourisme*, cette dernière, compagnie belge de transport par autocar avait, dans sa déclaration mensuelle de TVA relative aux opérations du mois de juin 1997, déclaré au taux de 0 %, au lieu du taux de 6 % prévu par la réglementation belge, les parties effectuées en Belgique des opérations de transport international de personnes par autocar. Elle s'était justifiée en expliquant qu'elle était discriminée sur le plan de la TVA par rapport aux transports aériens internationaux de personnes. En effet, ce dernier mode de transport est exempté de TVA, ce qui n'empêche pas les entreprises de transport aérien de déduire la TVA en amont, alors que la partie effectuée en Belgique des transports de personnes par autocar est, selon la réglementation belge, soumise à la TVA au taux de 6 %. Elle invoquait dès lors expressément une violation du principe général d'égalité. La Cour rejette cette prétention au terme d'un raisonnement qui n'est pas plus satisfaisant que celui appliqué dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. Elle juge que s'il est

Section 4 – Le Constituant et le législateur communautaires : avancées et occasions manquées

En 1997, le Constituant communautaire inséra un nouvel article, 6a, devenu 13, dans le traité⁵⁰⁷. Cette nouvelle disposition donne compétence au Conseil pour adopter des « mesures nécessaires » en vue de combattre les discriminations fondées sur d'autres motifs que la nationalité ou le sexe⁵⁰⁸, à savoir la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Quoique importante, voire fondamentale, sur le plan des principes, cette avancée restait fort timide, à tout le moins à défaut de concrétisation par une mesure du Conseil. Tout d'abord, contrairement à l'interdiction générale de discrimination fondée sur la nationalité, ancrée à l'article 12 du traité, l'article 13 est clairement dépourvu d'effet direct⁵⁰⁹. Un particulier ne peut donc se prévaloir directement de cette disposition devant un juge national pour faire condamner la discrimination, fondée sur l'un des motifs qu'elle énonce, dont il s'estimerait la victime. Bien que les interdictions de discrimination envisagées par ces deux dispositions émanent du même principe supérieur de droit que constitue le principe d'égalité, le Constituant ne leur attribue pas la même valeur ni la même portée. Par ailleurs, la liste des motifs de discrimination interdits est exhaustive, à l'inverse de celle figurant dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵¹⁰. L'article 13 ne constitue donc pas une interdiction générale de discrimination⁵¹¹. Ensuite, l'article 13 ne confère au Parlement qu'un

vrai que le principe d'égalité fait partie des principes généraux du droit communautaire, toutefois, le régime communautaire de la TVA est le résultat d'une harmonisation progressive des législations nationales et cette harmonisation n'est que partielle. Or, l'harmonisation envisagée ne serait pas encore réalisée dans la mesure où la sixième directive TVA a autorisé sans réserve les Etats membres à continuer de maintenir certaines dispositions de leur législation nationale antérieures à la sixième directive qui seraient, sans ladite autorisation, incompatibles avec celle-ci. Dès lors, juge-t-elle, dans la mesure où un Etat membre maintient de telles dispositions, il ne transpose pas la sixième directive et ne viole donc ni cette directive ni les principes généraux communautaires. Pareille interprétation laisse pourtant sans réponse la plainte de la compagnie de car : en adoptant une directive permettant précisément le maintien de cette différence de traitement, le législateur communautaire n'a-t-il pas violé le principe d'égalité ?

⁵⁰⁷ Pour une brève présentation des réflexions ayant précédé l'insertion de cette nouvelle disposition, voy. G. Quinn, « Le droit des handicapés dans le droit de l'UE », in *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, 2001, pp. 291 et 325 ; pour une présentation plus détaillée, voy. M. Bell et L. Waddington, « The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article », *25 Industrial Law Journal*, (1996), p. 320.

⁵⁰⁸ Le sexe est mentionné à l'article 13, mais ce dernier n'est pas destiné à remplacer l'article 141, paragraphe 3, qui donne compétence au Conseil, et au Parlement, la compétence pour adopter « des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes » dans le domaine de l'emploi. Cette dernière disposition constitue donc, dans le domaine de l'emploi, une *lex specialis* par rapport à l'article 13.

⁵⁰⁹ Ce qui fut confirmé pour la première fois, en 2004, par le Tribunal dans un contentieux de la fonction publique, arrêt *Lutz Herrera*, point 89.

⁵¹⁰ Il n'appartient dès lors pas à la Cour, comme semble pourtant le penser P. Dollat, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *J.T.D.E.*, 2002, pp. 57 et 58, d'étendre cette liste à d'autres motifs.

⁵¹¹ R. Hernu, p. 64.

rôle marginal, de simple consultation⁵¹², dans la lutte contre les discriminations. Or, il est communément admis que le Parlement a une attitude nettement plus volontariste que le Conseil dans ce domaine. Enfin, l'article 13 n'impose pas au Conseil d'interdire les discriminations fondées sur les motifs qu'il contient, mais seulement de lutter contre celles-ci⁵¹³.

Cette dernière limitation se révéla toutefois de peu d'intérêt pratique. La proposition de la Commission d'une directive interdisant les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique fut concomitante à l'arrivée au pouvoir en Autriche du parti d'extrême droite. La conséquence pratique indéniable qui s'ensuivit fut l'adoption par le Conseil de la proposition de la Commission dans un délai exceptionnel⁵¹⁴ de moins de 7 mois.

Si la rapidité de cette adoption doit être saluée, elle n'a en revanche pas nécessairement octroyé au législateur le temps de réflexion nécessaire qui lui aurait, peut-être, permis de s'interroger sur la pertinence de certains emprunts à la législation et à la jurisprudence sur la libre circulation des travailleurs et sur l'égalité entre hommes et femmes. Et cela est particulièrement vrai pour la directive 2000/78, adoptée quelques mois plus tard (§ 1). Par répercussion, lorsque deux ans plus tard, il a modifié la directive 76/207, interdisant les discriminations fondées sur le sexe dans le domaine de l'emploi, en puisant essentiellement dans les deux directives fondées sur l'article 13 et en incorporant, souvent telles quelles, les solutions retenues dans celles-ci, on peut se demander si ce *jeu de dominos* n'aurait pas dû s'accompagner d'une réflexion plus appropriée sur son opportunité (§ 2). Cette remarque semble pouvoir s'appliquer avec encore plus d'acuité à la manière dont la partie II de la Constitution a été rédigée, dans laquelle le Constituant n'a certes jamais autant parlé des concepts de discrimination et d'égalité, mais malheureusement pas toujours de manière cohérente (§ 3).

⁵¹² Et non de co-décision comme c'est le cas tant en ce qui concerne l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (articles 12, 39, 43 et 49) que sur le sexe dans le domaine de l'emploi (article 141). P. Dollat parle à cet égard de faiblesses procédurales et de déséquilibres institutionnels.

⁵¹³ L. Waddington, « Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination », *28 Industrial Law Journal*, (1999), pp. 133 et 138, décèle néanmoins un aspect positif dans l'utilisation de ce mot, à savoir la possibilité d'adopter d'autres mesures que la simple interdiction de discrimination, telles que des mesures actives de prévention des discriminations. Bien que prohibant directement les discriminations, l'article 12 du traité permet lui aussi l'adoption de telles mesures, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs confirmé dans son arrêt *Parlement c. Conseil* (« droit de séjour des étudiants » - C-295/90) de 1992.

⁵¹⁴ Dans un contexte politique différent, il est vraisemblable qu'une telle proposition n'aurait pas été adoptée dans un délai inférieur à deux ans, et aurait fait l'objet de beaucoup plus de modifications. Pour une présentation détaillée de ce contexte et de son influence, voy. M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, OUP, 2002, pp. 73 et 74.

§ 1 – De la race à l'orientation sexuelle : une « théorie de l'emprunt » maîtrisée ?

I – La directive 2000/43, l'interdiction des discriminations fondées sur la race⁵¹⁵

L'intitulé de la directive elle-même illustre son ambition : *mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement*. Ce principe n'est pourtant pas affirmé dans l'article 13. Certes, la jurisprudence de la Cour invite à assimiler « égalité » et « non-discrimination », mais il n'en demeure pas moins que l'article 13 ne consacre ni l'une ni l'autre. Pourtant, et heureusement, l'intitulé de la directive affirme la « volonté » du législateur de considérer que, sur le plan juridique, la lutte contre les discriminations doit nécessairement prendre la forme d'une interdiction de celles-ci.

Si le résultat est indéniable, on pourrait toutefois se demander s'il résulte d'une réelle *volonté* du législateur. Les dispositions de cette directive - comme de celle concernant les autres griefs de l'article 13, ou de celle ayant étendu, en 2004, au domaine de l'accès aux biens et services l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe⁵¹⁶ - n'ont pas toutes fait l'objet d'une réflexion approfondie. Souvent, il a été procédé par emprunt pur et simple aux directives existantes, en particulier celles prohibant les discriminations fondées sur le sexe dans le domaine de l'emploi. Si le résultat est globalement positif, on peut néanmoins regretter que le législateur n'ait pas utilisé l'occasion qui s'offrait pour s'interroger sur les valeurs, qu'à l'aube du XXI^e siècle il voulait afficher parmi les « Principes » fondant l'Union européenne.

1). Un champ d'application personnel nécessairement indéfini ?

Mis à part la question de la définition de la discrimination indirecte, l'autre grand problème auquel était confronté le législateur était celui de la définition du champ d'application personnel de cette directive ou, en d'autres termes, des termes « race » et « origine ethnique ». Il ne pouvait raisonnablement être attendu⁵¹⁷ que le législateur communautaire définisse ces termes⁵¹⁸. Il n'en demeure pas moins que l'on peut supposer que la Cour de justice sera rapidement saisie de cette question. En effet, même si la jurisprudence des autres cours suprêmes (voy. II^e Partie) laisse penser

⁵¹⁵ Il ne s'agit pas ici de faire un commentaire détaillé de cette directive, mais seulement de souligner ses aspects directement pertinents dans le cadre de la présente étude : les progrès et les faiblesses de ces enrichissements législatifs par rapport au cadre juridique, tant législatif que surtout jurisprudentiel existant, les questions d'interprétation que certaines notions nouvelles vont nécessairement appeler.

⁵¹⁶ Directive 2004/113 du 13 décembre 2004, mettant en oeuvre le principe de légalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JO L 373 du 21 décembre 2004, p. 37).

⁵¹⁷ Cette absence de définition est toutefois parfois critiquée, voy. F. Brennan, « The Race Directive : Recycling Racial Inequality », *5 Cambridge yearbook of European legal studies*, 2002-2003 (2004), pp. 311 et 321.

⁵¹⁸ Selon un document de l'ONU, il existerait aujourd'hui dans le monde plus de 7500 ethnies et communautés « minorisées », « Discrimination raciale et discrimination religieuse », A/CONF.189/PC.1/7 (2000). Mais le même problème peut se poser à propos du concept de « religion » ; T. J. Gunn, « The Complexity of Religion

que le terme « race » s'étend à la judaïté, cela ne résout pas tous les problèmes. Sachant qu'à la différence de la directive 2000/43, la directive 2000/78, prohibant les discriminations fondées sur la religion, ne s'applique qu'au domaine de l'emploi, quelle directive est applicable en cas d'une discrimination à l'encontre des Juifs, lorsque cette discrimination est liée à leur religion ?⁵¹⁹ De même, la notion « d'origine ethnique » pourrait être la source d'un contentieux difficile. A ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais (voy. II^e Partie, chap. I) accepté de reconnaître que des Kurdes ont pu subir une discrimination en raison de leur origine ethnique⁵²⁰. Dans ce domaine, quelle sera la marge de manœuvre de la Cour de justice ? Devra-t-elle nécessairement s'aligner sur cette jurisprudence ou au contraire revendiquer sa pleine liberté d'appréciation pour trancher dans le cadre de l'ordre juridique communautaire ? Sur le plan purement interne, la distinction entre « minorité nationale » et « minorité ethnique » ou entre « origine nationale » et « origine ethnique » ne sera pas nécessairement facile à établir⁵²¹. Or, dans quelle catégorie fera-t-on tomber les Bretons, les Catalans, les Corses⁵²², les Hongrois de Roumanie et peut-être demain les Kurdes de Turquie ?⁵²³

2) La discrimination indirecte, une définition judicieuse

and the Definition of « Religion » in International Law », 16 *Harvard Human Rights Law Journal*, 2003, p. 189 souligne l'absence de définition de ce concept en droit international.

⁵¹⁹ Pour une même interrogation, voy. S. Fredman, « Equality : A New Generation ? », 30 *Industrial Law Journal*, 2001, pp. 145 et 158. Dans un tel cas, si le critère de différenciation est bien la religion, il devrait être soutenu que c'est la directive 2000/78 qui seule est applicable.

⁵²⁰ Et ce n'est qu'en 2004 qu'elle a accepté de le faire à propos des Roms.

⁵²¹ C. Hillion, « Enlargement of the European Union - The Discrepancy Between Membership Obligations And Accession Conditions As Regards The Protection Of Minorities », *Fordham International Law Journal*, 2004, pp. 715 et 724, estime que même si l'article 13 ne vise pas explicitement les « minorités nationales », le terme « minorité ethnique » pourrait couvrir également celles-ci. A l'inverse, J. R. Valentine, « Toward Definition of National Minority », 32 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, (2004), p. 445, considère que ces deux notions doivent être distinguées.

⁵²² Par décision du 9 mai 1991 (DC-290), le Conseil constitutionnel français a considéré que la mention faite dans une législation du « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution française.

⁵²³ Sachant que, par exemple, la notion « d'origine ethnique » a reçu une interprétation large tant au Royaume-Uni (arrêt *Mandla*) qu'en Nouvelle-Zélande (arrêt *King-Ansell*) ou en Australie (arrêt *Scully*), voy. *infra*. Dans *Mandla* était en cause une décision d'un directeur d'école d'interdire l'entrée de l'école à un enfant sikh s'il refusait d'enlever son turban et de se couper les cheveux. Cette décision était fondée sur le fait que le port du turban, manifestant l'origine ethnique de l'enfant, accentuerait les distinctions sociales et religieuses dans l'école. La House of Lords conclut à l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine ethnique contraire au *Race Discrimination Act 1976*. Il n'est pas sûr qu'un tel constat d'une discrimination fondée sur l'origine ethnique soit encore possible après l'entrée en vigueur des directives 2000/43 et 2000/78. Dans la mesure où est dorénavant également interdite la discrimination fondée sur la religion, et que la décision du directeur d'école ne semblait pas viser l'élève en raison de son origine ethnique, mais bien en raison de la manifestation de son appartenance religieuse, il devrait être conclu que pareille décision constitue une discrimination fondée sur la religion et non l'origine ethnique. T. Jones, « The Race Directive : Redefining Protection from Discrimination in EU Law », *European Human Rights Law Review*, 2003, pp. 515 et 517. E. Guild, « The EC Directive on Race Discrimination : Surprises, Possibilities and Limitations », 29 *Industrial Law Journal*, (2000), pp. 416 et 418, arrive au même constat, mais estime que l'entrée en vigueur de la directive 2000/43 ne peut avoir pour effet de réduire le niveau de protection existant antérieurement au Royaume-Uni compte tenu de la clause de « non-régression » contenue dans la directive. Cette position paraît difficilement convaincante dès lors qu'est en jeu la définition même des concepts de « religion » et « d'origine ethnique ».

Une question cruciale à laquelle fut confronté le législateur lorsqu'il adopta cette directive était celle du choix de la définition de la discrimination *indirecte*. Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour a souvent fait reposer le constat d'une telle discrimination sur le rapport d'une preuve statistique⁵²⁴. En revanche, une telle preuve n'est pas exigée dans le domaine de la libre circulation des personnes et singulièrement des travailleurs, puisqu'il suffit de prouver que la mesure *risque de jouer en particulier au détriment* des ressortissants des autres Etats membres⁵²⁵. Bien que l'ensemble de la directive ait été guidé par le souci de copier, autant que possible, les directives relatives à l'égalité entre hommes et femmes, la définition d'une notion centrale de la directive 2000/43 a en revanche été empruntée au domaine de la libre circulation⁵²⁶. L'article 2, paragraphe 1, lettre b), dispose en effet qu'une discrimination indirecte « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* »⁵²⁷.

Deux remarques méritent d'être faites sur cette définition. D'une part, celle-ci confirme que l'examen de la justification éventuelle de la différence de traitement intervient *avant* le constat de l'existence d'une discrimination, conformément à la définition du principe d'égalité, même si la jurisprudence récente de la Cour n'est pas toujours claire à cet égard. D'autre part, cette définition a pour conséquence qu'il est plus facile – en tout cas selon la version française des différents textes, voy. *ci-dessous* - d'établir une discrimination fondée sur la race que sur le sexe. Une telle conséquence n'est pas nécessairement choquante⁵²⁸. Elle peut le devenir dès lors que, la même définition existant dans la directive 2000/78, elle est vraie également pour les discriminations fondées sur les autres motifs de l'article 13 (âge, religion, handicap, orientation sexuelle). Pareille conséquence est alors beaucoup plus difficile à justifier, et la directive 2002/73, qui a inséré une nouvelle définition de la discrimination indirecte dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, ne résout pas entièrement le problème (voy. *ci-dessous*).

⁵²⁴ Voy. en particulier l'arrêt *Seymour-Smith*.

⁵²⁵ Cela résulte de l'arrêt *O'Flynn*.

⁵²⁶ Si cette « définition *O'Flynn* » peut donc être vue comme une avancée dans le contexte de l'article 13, elle constitue en revanche un recul dans le domaine même où elle fut empruntée, celui de la libre circulation des travailleurs. Dans ce dernier, et avant cet arrêt, il n'était même pas nécessaire d'établir que la mesure nationale contestée était « susceptible » de jouer au détriment *des* ressortissants des autres Etats membres, le travailleur avait seulement à prouver que lui-même était, même potentiellement, victime d'une telle discrimination.

⁵²⁷ Si l'élément pivot de la définition - le « susceptible de » - est bien emprunté à la libre circulation des travailleurs, en revanche, la seconde partie de la définition, portant sur la justification de la différence de traitement reste bien celle donnée par la Cour de manière constante dans sa jurisprudence sur l'égalité entre hommes et femmes. Voy. également la première définition législative donnée de la notion de discrimination indirecte dans la directive 97/80, sur la charge de la preuve.

⁵²⁸ Voy. *infra* la jurisprudence de la Cour suprême US sur le 14^e Amendement à la Constitution.

3) Légitimité des actions positives ... dans tous les domaines ?

L'article 5 prévoit que « *pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique* ». Cette disposition, qui recopie presque mot à mot l'article 141, paragraphe 4, du traité, lequel autorise les Etats membres à adopter des mesures d'action positive en faveur (en principe) des femmes, témoigne de la source inspiratrice de la directive. Si, sur le plan du principe, une telle disposition ne peut évidemment qu'être approuvée, certaines observations peuvent néanmoins être faites.

Tout d'abord, cette disposition n'a été précédée d'aucune réflexion sur sa légitimité, sa nécessité ou l'objectif qu'elle poursuit. Il n'est bien sûr pas contestable que les personnes de couleur ou les membres de minorités ethniques continuent à souffrir de discriminations en raison de leur appartenance à une race ou à une minorité ethnique, dans le domaine de l'emploi principalement, mais aussi dans d'autres domaines, tels que l'éducation ou l'accès à certains services. Si des actions positives sont dès lors a priori justifiables dans le domaine de l'emploi, le sont-elles pour autant en dehors de celui-ci ? En toute hypothèse, le législateur communautaire n'avait-il pas l'obligation de motiver, au moins sommairement, cette extension, dès lors qu'elle constitue une dérogation au principe fondamental de non-discrimination ? On peut en effet se demander quelle est, à première vue, la justification d'une action positive dans le domaine de l'affiliation à un syndicat ou dans le domaine de la protection sociale, dès lors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, que des actions positives sont autorisées lorsque l'application du seul principe de non-discrimination s'avérerait impuissant à assurer une réelle égalité dans la réalité. En négligeant cette question, le législateur n'amoindrit-il dès lors pas la portée et la force du principe de non-discrimination ?

II – La directive 2000/78, l'interdiction des discriminations fondées sur la religion, les convictions, l'âge ou l'orientation sexuelle

La directive 2000/78 soulève plus de questions délicates que la directive 2000/43. Compte tenu des questions traitées, on peut considérer que son adoption par le Conseil, moins d'un an après la présentation de la proposition de la Commission, est encore plus remarquable que dans le cas de la directive 2000/43. Bien que son intitulé – *création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement* – diffère de celui de la directive « race », il peut être constaté que ses dispositions sont fondées sur le même principe de *l'interdiction* des discriminations fondées sur la religion, les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. La différence notable existant entre les deux

directives est le champ d'application matériel restreint de la directive 2000/78, qui ne concerne que l'emploi et la formation professionnelle⁵²⁹.

1) Le harcèlement, une discrimination ?

De même que celle figurant dans la directive « race », la définition de la discrimination indirecte dans cette directive permet plus facilement le constat d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, par exemple, que sur le sexe. La notion de discrimination elle-même pose par ailleurs un problème. L'article 2, paragraphe 3, dispose que le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable, lié à l'un des motifs couverts par la directive, se manifeste et a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, précise cette disposition, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des Etats membres. Dans l'exposé des motifs de la directive, la Commission justifie cet article par référence à l'existence, dans les législations irlandaises et suédoises, de dispositions similaires.

On pourrait ajouter que sa proposition de directive modifiant la directive 76/207, formulée vers la même époque, incluant une telle disposition, la Commission souhaitait assurer le parallélisme le plus étroit possible entre ces directives. On pourrait toutefois mettre en doute la pertinence de ce parallélisme⁵³⁰. A cet égard, on ne peut que regretter que le législateur ne se soit pas interrogé sur cette question. Comme la jurisprudence de la Cour suprême US l'a rappelé, à juste titre⁵³¹, une législation prohibant les discriminations sur les lieux de travail ne peut devenir un « code de civilité ». Une telle législation ne peut prohiber que les seules *discriminations*. Certes, tant la Cour suprême US que l'exposé des motifs de la directive insistent sur le fait que seuls les comportements « graves » (dans la

⁵²⁹ Si la Cour confère à la notion de « formation professionnelle » la même interprétation extensive que celle donnée dans le contexte de la libre circulation – voy., entre autres, l'arrêt *Humbel* – la directive s'étendra toutefois également à une grande partie du cursus scolaire. L'interdiction du port du foulard par de jeunes étudiantes musulmanes dans les écoles, pourrait dans ce cas être examinée par la Cour au titre de cette directive. Dans sa décision *Dahlab* de 2001, la deuxième section de la Cour européenne des droits de l'homme a, à la majorité, déclaré manifestement irrecevable la requête de l'intéressée, institutrice suisse portant le foulard islamique en classe, et se plaignant d'une violation des articles 9 et 14 de la Convention. De même, en 2003, la troisième section de la Cour européenne conclut, à l'unanimité, dans la décision *Sen*, à l'irrecevabilité d'une requête similaire concernant l'entrée dans des casernes turques de femmes de militaires portant une carte d'identité sur lesquelles celles-ci portaient un foulard. En revanche, la quatrième section de la Cour européenne jugea, à la majorité, en 2002 dans les décisions *Tekin* et *Sahin*, recevable un grief similaire dans le cas du port du foulard islamique par des étudiantes infirmières turques lors de leurs travaux en clinique. Toutefois, dans son arrêt sur le fond de 2004 dans l'affaire *Sahin*, la Cour européenne conclut à l'absence de violation de l'article 9 (liberté de religion) et ne s'est pas prononcée sur l'existence éventuelle d'une violation de l'article 14 de la Convention, lequel interdit les discriminations.

⁵³⁰ La volonté, affichée depuis le début des années nonante, et fondée sur des études spécifiques, de lutter contre le harcèlement sexuel, impliquait-elle nécessairement de lutter contre le harcèlement fondé sur l'âge ou la religion, pour lequel la Communauté ne disposait d'aucune étude ?

⁵³¹ Dans l'arrêt *Oncale*.

directive) ou « si objectivement offensants » (dans l'arrêt *Oncale*) sont susceptibles d'être couverts par cette définition. Il n'en demeure pas moins que cette précision n'indique en rien en quoi un tel comportement grave constitue, en lui-même, une discrimination^{532 533}. L'affirmation, lapidaire, dans l'exposé des motifs de la directive, que « *la directive dit très clairement que ce type de comportement doit être considéré comme discriminatoire* » ne s'appuie, à cet égard, sur aucun élément de démonstration. La directive proclame donc que le harcèlement fondé sur l'un des griefs qu'elle énonce constitue, *nécessairement et automatiquement*, une discrimination dès lors qu'il vise une atteinte « grave » aux conditions de travail. Il faut se demander si cette proclamation liera la Cour de justice ou si celle-ci prendra l'initiative de s'interroger sur le caractère réellement *discriminatoire* du harcèlement ?

Cette disposition pose enfin problème dans la mesure où, tout en donnant une définition du harcèlement sexuel, elle laisse aux Etats membres le soin de définir ce qu'il faut entendre par harcèlement ! Outre que cette disposition semble donc contenir deux propositions contradictoires, il convient de rappeler qu'il découle d'une jurisprudence constante que l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire dans tous les Etats membres est exigée par le principe d'égalité lui-

⁵³² L'arrêt rendu en 2003, par la *Court of appeals* du 8^e Circuit dans *Shaver v. Independent Stave Co* dans lequel elle applique, dans le cadre de l'*American with Disabilities Act*, le raisonnement tenu par la Cour suprême US à propos du harcèlement sexuel dans le Titre VII, pose une même question. Etait en cause le harcèlement prétendument subi par un travailleur handicapé en raison de la création d'un « environnement hostile ». La *Court of appeal* affirma d'abord qu'un tel harcèlement serait interdit si l'intéressé pouvait établir qu'il appartient au groupe protégé (les personnes ayant un handicap), qu'il a été l'objet d'un harcèlement, que celui-ci était fondé sur son appartenance à ce groupe et qu'il était suffisamment fort pour affecter les conditions de son emploi. En l'occurrence, elle considéra que le fait que ses collègues le traitait généralement de « *platehead* » en raison du fait que suite à une opération une plaque de métal avait été insérée dans son cerveau et que cette opération avait amoindri ses capacités intellectuelles pouvait être assimilé à un harcèlement, mais conclut que ce harcèlement n'était pas suffisamment « objectivement offensant ». Son analyse du cas d'espèce ne fait, à aucun moment, allusion à l'existence d'une *discrimination* subie par l'intéressé.

La réalité dépasse d'ailleurs parfois l'imagination du juriste. Dans l'affaire *North Vancouver School District n° 44 v. Jubran*, la cour suprême de Colombie-Britannique avait à statuer sur la plainte introduite par l'intéressé pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle suite aux remarques verbales offensantes utilisées par ses condisciples à son encontre et dénotant une attitude homophobique non contestée. La Cour suprême du Canada rejette toutefois cette plainte ... en constatant que l'intéressé n'était pas homosexuel et que ses condisciples ne le considéraient pas non plus comme un homosexuel. Sur cette affaire, voy. M.A. Jette, « *Sticks and Stones : Jubran v. Board of Trustees and the Relationship between Homophobic Harassment and Sex Discrimination* », 2 *Journal of Law and Equality*, 2003, p. 286, laquelle se prononce en faveur d'une extension de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe au harcèlement homophobique.

⁵³³ Aux Etats-Unis, la législation fédérale (*Civil Rights Act 1964*) n'interdit pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, et donc pas non plus le harcèlement fondé sur celle-ci. Certes, une école ou un employeur peut adopter une politique plus protectrice que la législation existante et prohiber également le harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle, mais pareille politique doit alors respecter la Constitution. En 2001, la *Court of appeals* pour le 3^e Circuit a jugé, dans *Saxe v. State College Area School District*, qu'une telle politique, en interdisant à tout membre de l'école tout comportement, physique ou verbal, fondé notamment sur l'orientation sexuelle, réelle ou perçue comme telle, et ayant pour objet ou pour effet d'interférer de manière substantielle sur les performances scolaires d'un étudiant ou de créer un environnement hostile, ... viole la clause de liberté d'expression contenue dans le 1^{er} Amendement, car elle bannit non seulement le comportement ayant un effet perturbateur *réel*, mais également celui ayant « seulement » pour *objectif* un tel effet.

même⁵³⁴. Il paraît difficilement concevable qu'un même comportement puisse, aux fins de l'application de la notion centrale de la directive, le concept de discrimination, être considéré comme relevant de ce concept dans un Etat membre et pas dans un autre⁵³⁵.

2) La discrimination indirecte et le handicap

A la définition de la discrimination *indirecte* donnée dans la directive « race » a été ajouté un alinéa, pour tenir compte de la situation particulière de la différence de traitement fondée sur un handicap. Une discrimination indirecte « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donné, par rapport à d'autres personnes, à moins que (i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ou que (ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique* ». Cet article 5 prévoit qu'afin « *de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées* ».

La portée de l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap sera certainement l'une des plus débattues devant les tribunaux nationaux, et *in fine* par la Cour de justice. Les « aménagements raisonnables » inscrits à l'article 5 ne sont pas des actions positives, mais s'inscrivent au contraire dans la définition même de la discrimination indirecte : une mesure ou une pratique d'apparence neutre⁵³⁶ sera discriminatoire à l'encontre d'un⁵³⁷ handicapé si l'employeur ne peut établir que les

⁵³⁴ Arrêt *Monsanto* de 2003, point 72.

⁵³⁵ A cet égard, peut être notée l'absence d'un pareil renvoi au droit national des Etats membres dans la directive 2002/73, ayant modifié la directive 76/207, ainsi que dans la proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services. D. Schiek, « A new Framework ... », p. 297, souligne à juste titre que l'acceptation de divergences dans les approches au niveau national empêcherait l'émergence de *standards européens*.

⁵³⁶ On pourrait s'étonner que cette obligation « d'aménagement raisonnable » ne s'applique qu'en cas de discrimination *indirecte*. Il semble pourtant probable que les cas de discrimination *directe* dans l'accès à

aménagements raisonnables nécessaires pour permettre à un handicapé d'accéder à son poste de travail, par exemple⁵³⁸, de manière aussi aisée que les personnes ne souffrant pas de son handicap sont disproportionnés⁵³⁹. Il convient de noter que le législateur n'a pas prévu l'obligation de tels aménagements raisonnables pour les autres motifs de discrimination, telle la religion.

3) Des actions positives ... légitimes ?

La directive 2000/78 contient également une disposition – l'article 7 – relative aux actions positives, rédigée en termes identiques, *mutatis mutandis*, à ceux de la directive « race ». Elle soulève, au regard de la légitimité de telles mesures, des doutes nettement plus importants que dans la directive 2000/43. La seule justification, avancée par l'exposé des motifs, pour l'insertion de cette disposition est l'existence d'une disposition similaire dans la directive 76/207. Une mesure d'action positive restant une dérogation au principe de non-discrimination, il paraît pourtant pertinent de considérer que la seule existence d'une disposition permettant l'adoption de telles mesures dans le domaine de l'emploi dans le cadre de l'égalité entre hommes et femmes – dans lequel le principe de leur existence est incontestable – ne justifie à l'évidence pas leur légitimité lorsque l'on évoque la religion, l'âge ou l'orientation sexuelle⁵⁴⁰. Une fois encore, il peut être regretté que le législateur communautaire n'ait pas saisi l'opportunité de cette proposition de directive pour réfléchir sur cette question. Comme indiqué à propos de l'examen de la jurisprudence *Badeck-Schnorbus*, la multiplication des « autorisations » d'adopter des mesures d'action positive amoindrit fortement la portée même du principe de non-discrimination.

l'emploi ne seront pas rares. Dans une telle situation, la discrimination ne sera pas justifiable, et sera donc nécessairement interdite, mais la directive ne semble imposer à l'employeur aucune obligation d'aménagement raisonnable.

⁵³⁷ Dans l'article 5, l'insistance est mise sur l'individu et non plus sur le groupe en tant que tel. Cela semble donc signifier dans l'hypothèse d'une différence de traitement fondée sur le handicap, que la personne qui estime être victime d'une telle discrimination ne devra pas, contrairement à ce que semble indiquer la notion de discrimination indirecte figurant à l'article 2, établir que la mesure ou la pratique en cause est susceptible de désavantager les handicapés. A cet égard, L. Waddington et A. Hendriks, « The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe : From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, pp. 403 et 410, notent que la notion d'accommodement raisonnable possède un caractère individualisé, de sorte que le rapport de preuves statistiques est non pertinent.

⁵³⁸ Compte tenu de l'interprétation extensive donnée par la Cour à la notion de « conditions de travail » dans le cadre de la directive 76/207 – « limiter cette dernière notion aux seules conditions de travail figurant dans le contrat de travail ou appliquées par l'employeur dans le cadre de l'emploi reviendrait à soustraire du champ d'application de la directive des situations qui relèvent directement de la relation de travail » - arrêt *Meyers*, point 24 –, le type d'aménagements raisonnables qu'un employeur pourrait être amené à prendre est très étendu.

⁵³⁹ L. Waddington et A. Hendriks (p. 410) soutiennent que par « aménagement raisonnable » il convient d'entendre « aménagement utile et effectif », les termes « aménagement raisonnable » suggérant de manière inexacte qu'une référence est faite à ce qui est attendu de l'employeur, et non au caractère utile et efficace de l'aménagement requis. Pareille interprétation, que ces auteurs fondent notamment, mais à partir d'une lecture fort discutable, sur l'arrêt de la Cour suprême US dans l'affaire *US Airways v. Barnett* (voy. *infra*, II^e Partie, chap. II), paraît cependant contraire aux travaux préparatoires de la directive et à l'objectif poursuivi par celle-ci (xxx développer).

⁵⁴⁰ A cet égard, on peut noter que des *affirmative actions* liées à ces trois motifs n'existent pas aux Etats-Unis.

L'article 7 contient également un second paragraphe relatif, non plus aux actions positives, mais aux « mesures spécifiques » que les Etats membres peuvent maintenir ou adopter, au bénéfice des personnes *handicapées*, concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ou en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. La qualification, en droit communautaire, de cette notion, nouvelle dans le contexte du principe de non-discrimination, de « mesures spécifiques » qui ne seraient pas des actions positives, reste à établir⁵⁴¹. Les réglementations de certains Etats membres contiennent des dispositions permettant le recrutement par *quotas rigides* de personnes handicapées⁵⁴². Sans bien sûr remettre en cause l'utilité, ni même la légitimité, de tels quotas rigides, il convient de ne pas perdre de vue que l'insertion, dans le droit communautaire, d'un principe de non-discrimination fondé sur le handicap implique cependant, *a contrario*, que la conformité, au droit communautaire, de tels quotas rigides n'est plus automatiquement assurée. Pour qu'elle le soit, il conviendra d'apprécier si ces quotas sont compatibles avec l'interdiction de discrimination édictée à l'article 2 de la directive, lue conjointement avec les dispositions des articles 5, sur les aménagements raisonnables, et 7, sur les actions positives et les mesures spécifiques.

4) La religion et la libre circulation des travailleurs en Irlande du Nord

L'article 15 de la directive, relatif à la situation « particulière » de l'Irlande du Nord, soulève également un problème. Cet article, inséré au niveau du Conseil à la demande expresse d'un Etat membre, prévoit, dans son second paragraphe, que « *afin de maintenir un équilibre dans les possibilités d'emploi pour les enseignants en Irlande du Nord tout en contribuant à surmonter les divisions historiques entre les principales communautés religieuses qui y sont présentes, les dispositions de la présente directive en matière de religion ou de convictions ne s'appliquent pas au recrutement des enseignants dans les écoles d'Irlande du Nord, dans la mesure où cela est expressément autorisé par la législation nationale* ». Outre qu'il peut être regretté que le législateur communautaire ait accepté de subordonner l'application du principe de non-discrimination dans un Etat membre au bon vouloir des autorités de celui-ci, on peut se demander si cette disposition n'est pas contraire au principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, inscrit à l'article 39 du traité, relatif à la libre circulation des travailleurs. Prenons l'hypothèse où, par exemple, un ressortissant grec, de confession orthodoxe, souhaiterait obtenir un emploi d'enseignant en Irlande du Nord, et que celui-ci lui soit refusé en vertu de la législation nationale. Il ne pourrait certes pas invoquer le bénéfice de la directive, mais devrait pouvoir invoquer, avec succès, l'interdiction de discrimination déguisée fondée sur la nationalité.

⁵⁴¹ La s. 8 du *Race Discrimination Act* fédéral australien prévoit l'adoption de « mesures spéciales » en faveur des Aborigènes. Ne constituant pas des mesures d'action positive, elles n'impliquent aucun élément de comparaison ou une volonté de remédier à un désavantage passé. En outre, elles ne sont pas, eu égard à leur objectif, conçues comme étant temporaires ; voy. *infra*, II^e Partie, chap. IV.

§ 2– Le sexe dans la directive 76/207, une « théorie des dominos » réfléchi⁵⁴³ ?

I - La discrimination indirecte, une définition ambiguë

Lorsqu'il définit pour la première fois le concept de discrimination indirecte, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, le législateur communautaire se réfère, assez globalement⁵⁴⁴, à la définition fournie par jurisprudence de la Cour. L'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80, relative à la charge de la preuve, dispose que « aux fins du principe de l'égalité de traitement visé au paragraphe 1, une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre *affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe*, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés ».

La définition de la discrimination indirecte dans les directives 2000/43 et 2000/78 n'exige pas des personnes se prétendant victimes d'une discrimination fondée sur la race, la religion, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle, qu'elles prouvent que la mesure neutre litigieuse affecte, réellement, une proportion sensiblement plus importante des membres du groupe auquel elles appartiennent, mais seulement que cette mesure soit susceptible d'entraîner à leur égard un désavantage particulier. Le législateur communautaire ne pouvait dès lors maintenir, à l'égard des seules personnes estimant être victimes d'une discrimination fondée sur le sexe, une définition plus restrictive de la discrimination indirecte. Le sixième considérant de la directive 2002/73, modifiant la directive 76/207, affirme dès lors que, compte tenu de la définition de discrimination indirecte inscrite dans les directives 2000/43 et 2000/78, il convient d'adopter une définition « cohérente avec ces directives en ce qui concerne le sexe ». Il faut pourtant constater que la version française du nouvel article 2, paragraphe 2, second tiret, de la directive 76/207 ne traduit pas fidèlement cette volonté. La discrimination indirecte y est en effet définie comme la « situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre *désavantagerait particulièrement* des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». Si le rapport de la preuve de l'affectation sensiblement plus importante n'est plus exigée, celui de la *réalité* du désavantage semble continuer à l'être, puisque il est requis que la mesure *désavantage* et non qu'elle soit *susceptible de désavantager* les personnes

⁵⁴² L. Waddington et M. Bell, « More Equal Than Others : Distinguishing European Union Equality Directives », *CMLRev* 2001, pp. 587 et 603.

⁵⁴³ Pour une présentation détaillée de cette directive, voy. S. Koukoulis-Spiiotopoulos, *From Formal to Substantive Gender Equality – The Proposed Amendment of Directive 76/207 : Comments and Suggestions*, Sakkoulas et Bruylant, 2001 et M.-T. Lanquetin, « L'égalité entre les hommes et les femmes : sur la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 », *Droit social*, 2003, p. 312.

⁵⁴⁴ La formulation de cette définition n'est en effet pas très heureuse ; voy. *supra*, texte sous note (67xxx).

d'un sexe déterminé. Il reste à voir quelle importance la Cour de justice accordera à cette différence sémantique^{545 546}.

II - Le harcèlement sexuel, une atteinte discriminatoire à l'égalité ?

⁵⁴⁵ Ces subtilités rédactionnelles ne sont pas absentes de la version anglaise des différentes directives... mais ce ne sont pas nécessairement les mêmes ! Tant la directive 2000/73 que les directives 2000/43 et 2000/78 utilisent les mots « would put persons of one sex/of a race/of a particular religion, age, ... , at a particular disadvantage ». Littéralement, cela pourrait se traduire par « soumettraient les personnes d'un sexe/ d'une race/ d'une religion particulier(e) à un désavantage particulier ». S'agissant de la directive 2002/73 (sexe), la différence avec la version française tient au fait que l'insistance est mise sur la nature particulière du désavantage : dans la version anglaise, celui-ci semble devoir être d'une certaine ampleur pour qu'il puisse être considéré comme constituant une discrimination, alors que dans la version française l'accent est mis sur le fait que ce sont essentiellement les personnes d'un sexe qui seront désavantagées par le critère d'apparence neutre. Ainsi, dans le cas où ce dernier serait, par exemple, le refus d'octroi d'un avantage aux travailleurs à temps partiel, les travailleurs féminins ne pourraient, selon la version anglaise, prétendre être victimes d'une discrimination que si elles peuvent établir que le recours à ce critère neutre les place dans une situation particulièrement désavantageuse, même s'il n'affecte pas beaucoup plus de femmes que d'hommes; selon la version française, elles devraient en revanche établir que le recours à ce critère désavantage particulièrement, essentiellement, les femmes, même si le désavantage n'est que mineur.

Il pourrait toutefois être soutenu que la différence entre les deux versions tient au style rédactionnel propre à chaque langue. En anglais, le verbe est utilisé de manière plus neutre - « would put » - , obligeant dès lors le législateur à placer le « particular » - accolé au verbe dans la version française - à côté du nom (avantage), de sorte qu'en définitive *would put at a particular disadvantage* aurait la même signification que *désavantageraient particulièrement*. Mais cette identité de sens potentielle est loin de résoudre le problème.

Quel que soit le sens que l'on prête à la version anglaise de la directive 2002/73, celle-ci ne correspond en tout état de cause pas à l'expression « est susceptible d'entraîner un désavantage particulier », figurant dans la version française des directives 2000/43 et 2000/78. Dans cette expression, le terme charnière est « *susceptible de* », repris de l'arrêt *O'Flynn*, et signifiant que le critère neutre doit être regardé comme discriminatoire dès lors qu'il est de nature ou potentiellement apte à désavantager davantage les travailleurs d'une nationalité, d'une race, d'une religion donnée. Dans la version anglaise de cet arrêt, cela donne « *if it is intrinsically liable to affect workers (of a particular nationality, race, religion) more* ». Dans l'exposé des motifs de la proposition de directive 2000/43 présentée par la Commission (COM (1999) 566, p. 6), celle-ci s'est fondée expressément sur l'arrêt *O'Flynn* pour définir le concept de discrimination indirecte (« est susceptible de produire un effet défavorable pour »), dont la traduction anglaise (« is liable to affect adversely ») constituait une correspondance exacte. Si l'on excepte le fait - dont l'importance sera à confirmer par la Cour - que le Conseil a tenu à nuancer cette approche, favorable à la victime de la discrimination, par l'adjonction du terme « particulier » (*désavantage particulier*), on ne peut que constater que dans la version anglaise les termes « liable to affect adversely », encore présents dans la version modifiée de la proposition de la Commission (COM (2000) 328) du 31 mai et dans le document du Conseil du 24 mai (8691/00), ont disparu de la version finalement adoptée le 19 juin et dans laquelle apparaissent les termes « would put at a particular disadvantage ». En conclusion, la version française (de même, semble-t-il, que notamment les versions espagnole, allemande, italienne, mais pas la version néerlandaise) des directives 2000/43 et 2000/78 traduit fidèlement l'intention d'aligner la définition de la discrimination indirecte de ces directives sur celle donnée par la Cour dans l'arrêt *O'Flynn*... , mais la version française de la directive 2000/73, censée traduire la même intention dans le domaine des discriminations fondées sur le sexe, semble pourtant plutôt, globalement, correspondre à la version anglaise des directives 2000/43 et 2000/78, ... laquelle est identique à la version anglaise de la directive 2002/73. La détermination de la signification exacte de ce changement de formulation, dans la version française de la directive 2002/73, se complique quand on sait que les versions allemande, italienne, espagnole et néerlandaise, par exemple, de cette directive reprennent la même définition de la discrimination indirecte existant dans ces versions de la directive 2000/43 !

⁵⁴⁶ Il est par ailleurs intéressant de noter que la version française de la définition de la discrimination indirecte, dans la proposition de directive 2004/113 du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, reprenait la formulation - plus favorable - de la définition figurant dans la directive 2000/43 (*est susceptible de*) et non celle se trouvant dans la directive 2002/73. Mais le Conseil l'a modifiée pour l'aligner sur celle figurant dans cette dernière.

Tant le Conseil, dans sa Résolution du 29 mai 1990 concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail⁵⁴⁷, que la Commission, dans sa Recommandation du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail⁵⁴⁸, s'étaient montrés réservés quant au caractère discriminatoire du harcèlement sexuel. Tous les deux s'étaient bornés à déclarer que ce dernier peut, « dans certaines circonstances, être contraire au principe de l'égalité de traitement au sens » de la directive 76/207. Ces « certaines circonstances » n'étaient pas autrement précisées et aucun exemple du caractère discriminatoire de certaines formes de harcèlement sexuel n'était mentionné. Dans les cas qu'ils ont eu à traiter, dans le contexte du contentieux de la fonction publique⁵⁴⁹, ni le Tribunal ni la Cour n'ont examiné la question de savoir si le harcèlement sexuel constitue une discrimination. L'affirmation, dans l'exposé des motifs de la proposition de directive modifiant la directive 76/207, que « *selon le Parlement, le Conseil et la Commission, le harcèlement sexuel constitue une violation du principe de l'égalité de traitement* »⁵⁵⁰ paraît dès lors quelque peu hâtive. Elle ne fait en tout cas l'objet d'aucune démonstration⁵⁵¹.

Nul ne peut évidemment contester que, comme le soulignait également l'exposé des motifs, le harcèlement sexuel est un affront à la dignité humaine. Cela ne suffit néanmoins pas à en faire une discrimination. La directive définit le harcèlement sexuel comme « *la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Cette définition englobe les deux types de harcèlement sexuel condamnés dans la jurisprudence de la Cour suprême US : le harcèlement sexuel « *quid pro quo* », c'est-à-dire dans lequel une faveur sexuelle est exigée en contrepartie d'un avantage dans l'emploi, et le harcèlement sexuel aboutissant à créer un environnement hostile⁵⁵². La Cour suprême US a toutefois peiné, dans les deux situations, à identifier

⁵⁴⁷ JO C 157 du 27 juin 1990, p. 3.

⁵⁴⁸ JO L 49 du 24 février 1992, p. 1.

⁵⁴⁹ Tribunal : arrêts *D.* et *Campogrande* ; Cour : arrêts *Z.* et *Campogrande*.

⁵⁵⁰ L'affirmation du caractère discriminatoire du harcèlement sexuel était la raison présentée comme la plus importante pour justifier la modification de la directive 76/207. Outre plusieurs études sur la question, la Commission avait invité les partenaires sociaux à négocier un accord sur cette question. Ces derniers ayant décliné cette invitation, la Commission ne proposa pas elle-même une directive centrée exclusivement sur cette problématique, mais choisit d'en faire le thème central de sa proposition de modification de la directive 76/207 ; voy. le communiqué de presse de la Commissaire Mme Diamantopoulou, « Anna Diamantopoulou salue l'adoption de nouvelles dispositions communautaires fermes contre le harcèlement sexuel sur le lieu de travail » du 18 avril 2002 (IP/02/579).

⁵⁵¹ L'article 2, paragraphe 3, de la directive, modifiée, dispose dorénavant que « le harcèlement et le harcèlement sexuel [...] sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe et sont dès lors interdits ».

⁵⁵² D. Schiek, « A new Framework ... », p. 297, estime même que cette définition permettrait de couvrir le harcèlement de lesbiennes ou d'homosexuels en raison de leur « déviance par rapport aux rôles traditionnels attribués aux deux sexes ». Pareil point de vue semble toutefois exagéré eu égard à l'objectif de la directive, la non-discrimination fondée sur le sexe, et la Cour de justice a affirmé dans *Grant* que cette notion n'inclut pas celle d'*orientation sexuelle*. En outre, pareil point de vue semble réduire outre mesure l'interdiction de harcèlement fondé sur l'*orientation sexuelle*, interdit par la directive 2000/78.

précisément l'élément proprement discriminatoire du harcèlement sexuel, particulièrement en cas de harcèlement sexuel vis-à-vis d'une personne du même sexe⁵⁵³. L'arrêt *Jenzen c. Platy*, de la Cour suprême du Canada, ne permet pas de dissiper l'ambiguïté. Dans cette affaire⁵⁵⁴, celle-ci affirme certes qu'une discrimination fondée sur le sexe peut être constatée même si toutes les personnes de ce sexe ne sont pas également maltraitées, mais fonde néanmoins son constat d'une discrimination sur le fait que le harcèlement limitait les conditions d'emploi de certaines employées « en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe ».⁵⁵⁵

La seule façon d'éviter de devoir recourir à un raisonnement juridique difficile, et peu convaincant, pourrait être d'adopter à l'égard du harcèlement sexuel une approche similaire à celle suivie à propos de la conversion sexuelle. Le harcèlement sexuel constitue toujours une discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où il vise un comportement centré sur le sexe de la victime, peu importe qu'il s'agisse d'une personne du même sexe ou du sexe opposé. Le sexe de la victime reste l'élément déterminant la discrimination. Or, tout travailleur devrait pouvoir s'attendre à ce que soit respecté le droit fondamental à sa dignité et à son intégrité physique. Ce dernier serait donc à considérer comme le corollaire manifeste du droit à exercer un emploi sans discrimination fondée sur le sexe.

⁵⁵³ Ainsi que le note G. Mason, « Harm, Harassment And Sexuality », 26 *Melbourne University Law Review* (2002), pp. 19 et 24, il n'est pas sûr que le harcèlement condamné dans l'affaire *Oncale* était bien dû au sexe de la victime et non à son orientation sexuelle. Or, le titre VII du *Civil Rights Act 1964* n'interdisant pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, cette question était cruciale. Sur les difficultés rencontrées par les juridictions inférieures aux Etats-Unis, voy. J.A. Hardage, « *Nichols Azteca Restaurant Enterprises, Inc. and the Legacy of Price Waterhouse v. Hopkins* : Does Title VII Prohibit « Effeminacy » Discrimination ? », 54 *Alabama Law Review* (2002), p. 193 et en particulier les commentaires sur l'affaire *Doe v. Belleville*.

⁵⁵⁴ Mêlant harcèlement sexuel « quid pro quo » et harcèlement sexuel « environnement hostile », une serveuse de restaurant ayant d'abord fait l'objet d'attouchements et de propositions sexuelles, avant de subir des comportements menaçants et des critiques injustifiées.

⁵⁵⁵ En Australie, le *Sex Discrimination Act* aborde la question différemment. Le harcèlement sexuel fait l'objet de dispositions particulières à côté des dispositions prohibant les discriminations fondées sur le sexe. Un même comportement peut donc donner lieu à une plainte pour harcèlement sexuel et pour discrimination fondée sur le sexe (voy. *infra*). L'existence d'un harcèlement sexuel peut donc être constatée sans qu'il soit également conclu à l'existence d'une discrimination. La juxtaposition de ces dispositions ne résout toutefois pas nécessairement la question du caractère automatiquement discriminatoire du harcèlement sexuel. Dans *Elliott v. Nanda*, la *Federal Court*, après avoir constaté l'existence d'un harcèlement sexuel en raison de l'environnement hostile créé par le comportement dénoncé, conclut en outre à l'existence d'une discrimination en motivant cette conclusion uniquement par le fait que, *par conséquent*, le harcèlement sexuel a nécessairement engendré un préjudice, fondé sur le sexe, à la plaignante (point 130). Une telle motivation serait inutilisable en cas de harcèlement bisexuel.

§ 3 – La Constitution : quand le Constituant ajoute à la confusion

La Constitution européenne a intégré⁵⁵⁶ la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice en décembre 2000. La Constitution est à l'évidence inspirée du souci d'assurer l'égalité entre tous les citoyens, laquelle est d'ailleurs, à l'article I-2, proclamée comme une valeur de l'Union. L'articulation entre toutes les dispositions consacrant, soit le principe d'égalité, soit le principe de non-discrimination, n'est toutefois pas évidente. Cette relative confusion illustre l'ambiguïté des relations entre ces deux concepts et le manque de réflexion globale ayant présidé à l'élaboration de ces dispositions.

L'article II-80 établit, pour la première fois en droit communautaire, un principe d'égalité devant la loi : « *toutes les personnes sont égales en droit* ». Un tel principe peut être comparé au 14^e Amendement à la Constitution américaine ou au Protocole 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (voy. II^e Partie). L'introduction d'un tel principe en droit communautaire est bien sûr fondamentale et de nature à changer radicalement l'interprétation des dispositions existantes du droit communautaire contenant un principe d'interdiction de discriminations spécifiques. Toutefois, la valeur et la portée de ce principe d'égalité sont mises en doute par les dispositions suivant immédiatement l'article II-80. Mais elles le sont également par les « explications relatives au texte de la Charte »⁵⁵⁷. Dans l'explication donnée sur cet article, il est affirmé que « cet article correspond au principe général de droit (...) que la Cour a jugé être un principe fondamental du droit communautaire ». Cette affirmation n'est vraie qu'en apparence. Les trois arrêts mentionnés à son soutien⁵⁵⁸ ont tous été rendus dans le domaine de la PAC. Ainsi qu'indiqué *supra*, c'est le libellé de l'article 34, paragraphe 2, du traité qui a permis à la Cour d'appliquer dans ce domaine le principe d'égalité et non simplement un principe spécifique de non-discrimination, même si, ce faisant, elle prétendait parfois appliquer ce dernier. En revanche, même s'il lui est arrivé d'invoquer le principe d'égalité dans les autres domaines du droit communautaire, et plus particulièrement ceux de la libre circulation des travailleurs et de l'égalité entre hommes et femmes, elle a, dans ces domaines, toujours

⁵⁵⁶ Cette intégration dans la Constitution ne s'est toutefois faite qu'au prix, notamment, d'une limitation de sa portée par la réécriture de certains de ses articles transversaux et la « constitutionnalisation » des « explications » réactualisées établies sous l'autorité du praesidium de la Convention chargée d'élaborer la Charte ; voy. A. Berramdane, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, p. 613. H. Labayle et J.-L. Sauron, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *Revue française de droit administratif*, 2005, pp. 1 et 26, estiment toutefois que l'importance de ces explications ne doit pas être exagérée et que dans tous les cas elles ne pourront « formater » le raisonnement du juge, et encore moins le lier.

⁵⁵⁷ Mises à jour, en juillet 2003 (CONV 828/1/03 du 18 juillet 2003) sous la responsabilité du Praesidium de la Convention ayant discuté de l'adoption de la Constitution.

⁵⁵⁸ Arrêts *Racke*, *EARL* et *Karlsson*.

appliqué seulement un principe de non-discrimination⁵⁵⁹. L'arrêt *Grant* en constitue une parfaite illustration.

L'article II-81, paragraphe 1, dispose que « *est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Cette disposition est plus ou moins équivalente à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel contient également une liste non exhaustive (« notamment ») de griefs prohibés de discrimination. Mais le Protocole 12, entré en vigueur le 1 avril 2005, a vocation à se substituer à l'article 14 de la Convention, dont il absorbe et déborde le champ d'application matériel⁵⁶⁰. L'introduction de l'article II-80 ne rendait-elle dès lors pas superflue l'insertion simultanée de l'article II-81 ?⁵⁶¹ Et l'introduction de cette disposition ne risque-t-elle pas de réduire la portée du principe d'égalité ? Le fait que l'article II-81 répète, dans un paragraphe deux, le contenu de l'article 12 actuel du traité CE (« *Dans le domaine d'application de la Convention, et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite* ») n'aide pas à dissiper l'ambiguïté. L'insertion d'un paragraphe spécifique pour viser le seul grief de la nationalité implique-t-il que l'interdiction des discriminations fondées sur ce motif a une valeur différente de celle relative aux motifs visés au paragraphe premier ? En outre, ce paragraphe 2 reproduit presque mot pour mot le contenu de l'article I-4, paragraphe 2.

L'insertion d'une disposition spécifique consacrant l'égalité entre hommes et femmes, à l'article II-83, soulève la même question de principe : « *L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté* ». Quel est le rapport entre l'affirmation, générale, du principe d'égalité et celle, spécifique, de ce principe entre hommes et femmes ? Il n'est pas aisé de le déterminer. Il pourrait être soutenu, en prenant appui sur la classification opérée par la Cour suprême US dans son interprétation du 14^e Amendement, que cette insistance spécifique mise par le

⁵⁵⁹ Le même abus de langage et la même confusion se retrouvent également dans les directives 2000/43 et 2000/78 adoptées sur base de l'article 13 du traité et dans la directive 2002/73 modifiant la directive 76/207. Toutes les trois contiennent en effet un considérant – 3, 4 et 2 respectivement – affirmant que le droit de toute personne à l'égalité devant la loi constitue un droit universel.

⁵⁶⁰ F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme ; un exercice de « jurisprudence fiction » ? », *Rev. trim. dr. h.* 2003, pp. 755, 769 et 770, même si, formellement, l'article 14 continue d'exister parallèlement au nouveau Protocole, voy. article 3 du Protocole.

⁵⁶¹ R. Hernu souligne à juste titre (p. 57) que l'application du principe d'égalité ne saurait être limitée par une énumération de critères d'appréciation interdits. Mais comme il le note lui-même, il a en droit communautaire une fonction « palliative », permettant de s'affranchir des limites qui résultent de l'inscription d'interdictions

Constituant sur l'égalité entre hommes et femmes signifie que seuls des motifs particulièrement impérieux sont susceptibles de justifier une différence de traitement entre hommes et femmes. Mais dans ce cas, quel est encore l'utilité de l'article III-108, lequel reproduit le texte actuel de l'article 141 du traité CE qui concerne l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi ?⁵⁶²

La valeur et la portée des articles II-80, II-81 et II-83 sont encore moins certaines compte tenu des dispositions des articles II-111 et II-112. Le premier prévoit notamment que les dispositions de la Charte ne s'adressent qu'aux institutions de l'Union et aux Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union⁵⁶³. Le principe d'égalité de l'article II-80 semble donc dépourvu de tout effet direct horizontal, c'est-à-dire ne semble créer aucune obligation dans les relations entre individus. Une telle conséquence paraît peu conciliable avec le droit communautaire actuel, la Cour ayant jugé, tant pour le grief du sexe (arrêt *Defrenne*) que pour celui de la nationalité (arrêt *Angonese*), que l'interdiction de discrimination édictée par le traité CE produit un effet direct horizontal⁵⁶⁴. L'article II-112, paragraphe 5, dispose quant à lui que les dispositions qui contiennent des principes peuvent être mis en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs et que l'invocation de ces principes devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes⁵⁶⁵. Au bout du compte, on peut dès lors se demander quelle valeur réelle attribuer au principe d'égalité devant la loi de l'article II-80 ?

Il est va de même de l'interdiction générale de discrimination de l'article II-81. L'article III-124, lequel reproduit *mutatis mutandis* l'article 13 du traité actuel, ne confère toujours compétence aux institutions de l'Union que pour lutter contre les discriminations fondées sur les motifs inscrits dans cet article 13. Comment concilier l'octroi de cette compétence restreinte avec l'affirmation du principe général de non-discrimination de l'article II-81, paragraphe 1 ? Dans les explications relatives au texte

spéciales de discrimination. Ces remarques accentuent l'impression de perplexité laissée par la juxtaposition des articles II-80 et II-81.

⁵⁶² Les explications relatives au texte de la Charte de juillet 2003 indiquent d'ailleurs que cette disposition est « fondée » sur l'actuel article 141 du traité.

⁵⁶³ S. Koukoulis-Spiiotopoulos, « Towards a European Constitution : Does the Charter of Fundamental Rights « Maintain in Full » the *Acquis Communautaire* », *Revue européenne de droit public*, 2002, pp. 57 et 73, souligne que cette disposition a été adoptée afin de rassurer les Etats membres que la Charte ne limiterait pas leurs compétences au profit de l'Union. R. Badinter, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », - *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 143 et 149, voit dans cette disposition « un morceau de bravoure » répétant de trois façons différentes la même antienne, laquelle frise l'obsession

⁵⁶⁴ Sauf bien sûr à considérer que l'interdiction des discriminations fondées sur un grief spécifique continuera à produire un effet direct horizontal alors que le principe d'égalité ne sera invocable qu'à l'égard des autorités publiques.

⁵⁶⁵ J. Dutheil de la Rochère, « The EU and the individual : Fundamental rights in the draft Constitutional Treaty », *CMLRev*, 2004, pp. 345 et 352, souligne – à juste titre – que la distinction entre « principes » et « droits » manque de clarté. Sur cette disposition, voy. O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, ouvrage collectif, Larcier, 2003, pp. 81 et 112, et S. Koukoulis-Spiiotopoulos, « Incorporating the Charter in the Constitutional Treaty », in *Problèmes d'interprétation, à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Bruylant, 2004, pp. 223 et 253.

de la Charte, de juillet 2003, il est indiqué qu'il n'y a pas de contradiction entre l'article II-81, paragraphe 1, et l'article III-124 « *dont le champ d'application et l'objet sont différents : l'article III-124 confère à l'Union compétence pour adopter des actes législatifs (...) afin de combattre certaines formes de discrimination qui sont citées d'une manière exhaustive dans cet article. Cette législation peut s'étendre à l'action des autorités d'un Etat membre (ainsi qu'aux relations entre les particuliers) dans tout domaine entrant dans la compétence de l'Union. En revanche, le paragraphe 1 de l'article [81] ne confère aucune compétence pour adopter des lois antidiscrimination (...) pas plus qu'il n'énonce une large interdiction de la discrimination dans lesdits domaines. En fait, il ne concerne que les discriminations qui sont le fait des institutions et organes de l'Union dans l'exercice des compétences que leur confèrent d'autres articles des parties I et III de la Constitution, et des Etats membres, uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

Ces explications sont pour le moins étonnantes et ambiguës. Elles semblent notamment indiquer que le principe de non-discrimination, édicté au paragraphe 1, ne concerne que les institutions de l'Union, lorsqu'elles exercent les compétences que la Constitution leur confère, ou les Etats membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Cette disposition n'instituerait donc pas un droit « général » à la non-discrimination dans l'application de la Constitution semblable à l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité⁵⁶⁶. Mais comment concilier une telle approche avec le paragraphe 2 du même article qui lui, reproduisant l'article 12 du traité actuel (l'article I-4 de la Constitution), est applicable dans tous les domaines d'application de la Constitution ? En outre, les explications données quant à la relation avec l'article III-124 (l'actuel article 13 du traité) sont peu convaincantes.

Par ailleurs, si l'article II-112, paragraphe 5, permet aux institutions de l'Union d'adopter des actes destinés à mettre en œuvre le principe de l'article II-81, paragraphe 1, comment le concilier avec l'article III-124 et quel est le rapport entre ces deux dispositions ?⁵⁶⁷

Au total, le libellé de nombreuses dispositions de la Constitution, leurs valeur et portée, l'articulation entre elles et leurs liens avec les dispositions actuelles du droit communautaire apparaissent comme empreintes d'une grande ambiguïté⁵⁶⁸. Il peut donc être regretté qu'à l'heure où

⁵⁶⁶ I. Pernice, « Integrating the Charter of Fundamental Rights Into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions », *10 Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 5 et 28, estime que dans la mesure où l'actuel article 13 n'a pas d'effet direct, cela doit également valoir pour l'interdiction de discrimination de l'article II-81, paragraphe 1, pour lesquels le Conseil n'a pas encore adopté de mesure concrète. Cette position ne semble toutefois trouver aucun fondement textuel dans l'article II-81 lui-même.

⁵⁶⁷ K. Lenaerts et E. De Smijter, « A « Bill of Rights » for the European Union », *CMLRev* 2001, pp. 273 et 285, détaillent toute l'ambiguïté de la relation entre ces deux dispositions.

⁵⁶⁸ G. de Burca, « Fundamental Rights and Citizenship », in *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, éd. B. de Witte, Robert Schuman Centre for advanced studies, 2003, pp. 11 et 19, parle de la nécessité d'un nettoyage significatif de toutes ces dispositions.

l'Union s'étend à de nombreux nouveaux Etats et où les Etats membres ont ressenti le besoin de se doter d'une Constitution, une plus grande attention n'ait pas été réservée aux principes d'égalité et de non-discrimination, pourtant pierres angulaires de toutes les relations entre Etats membres, entre citoyens et entre Etats membres et citoyens.

Conclusions du second chapitre

La jurisprudence de la Cour de justice postérieure à 1986 se présente un peu comme l'envers de la jurisprudence précédant cette date. Alors qu'il était relativement facile d'articuler cette dernière autour d'un fil rouge, certes propre à chaque domaine, il paraît vain de prétendre pouvoir trouver une même cohérence dans la première. Depuis 1986, la Cour de justice semble avoir procédé à une sorte de *détricotage* des principes qui cimentaient sa jurisprudence traditionnelle. Ainsi, dans la libre circulation des travailleurs et le droit d'établissement, où discriminations directes et indirectes étaient assimilées et ne toléraient aucune justification autre que celles expressément prévues par le traité, la *nouvelle jurisprudence* distingue formellement les deux types de discriminations, celles qui sont indirectes étant explicitement justifiables par n'importe quelle raison impérieuse, celles qui sont directes l'étant également parfois, mais seulement de façon implicite.

Par delà ce renversement radical de jurisprudence, peut-être défendable sur le fond, c'est l'absence totale d'explication ayant motivé celui-ci qui rend perplexe. Et nuit à la sécurité juridique, comme n'ont pas manqué de le souligner plusieurs avocats généraux. Et ce constat incontestable dans la libre circulation des personnes semble l'être tout autant par exemple dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes où la jurisprudence sur les actions positives s'est construite au coup par coup.

CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE

Depuis ses premiers arrêts sur le traité CECA, la Cour de justice a mis l'interdiction des discriminations au cœur de sa jurisprudence. Mise au service d'une vision *intégrationniste*, son approche extensive de l'interdiction des discriminations, matérialisée notamment par l'interdiction rapide des discriminations *indirectes*, a indiscutablement joué un rôle primordial dans le développement de la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services, d'abord, dans l'égalité entre hommes et femmes ensuite, par exemple dans ce dernier domaine par une attitude très protectrice des femmes enceintes.

Cette approche très protectrice des droits de « l'étranger » communautaire ou du travailleur féminin s'est d'abord appuyée sur l'explication de sa vision du marché commun (intérieur ou unique) et de l'égalité entre les sexes. Chaque arrêt étant l'occasion de réaffirmer et d'explicitier cette vision.

Si l'interdiction des discriminations est toujours au centre des préoccupations de la Cour, sa jurisprudence sur la libre circulation des personnes et la libre prestation des services a progressivement été influencée, à partir de la moitié des années quatre-vingt, par l'importation dans ces domaines du concept *d'entrave* issu de la libre circulation des marchandises. La Cour semble cependant, à ce jour, n'être pas parvenue à définir la relation de ce concept avec celui de discrimination et à préciser leur rôle respectif dans des libertés pour lesquelles sa jurisprudence avait autrefois fait de l'interdiction des discriminations le seul soubassement.

Cette ambiguïté quant au rôle respectif des concepts s'est traduite par une confusion toujours plus grande du raisonnement – et de sa formulation – quand la Cour a eu à interpréter la notion de *discrimination*, et en particulier les motifs pouvant justifier celle-ci.

Concomitamment à l'importation définitive dans les autres libertés de la *théorie des entraves* née dans la libre circulation des marchandises, la Cour mettait fin dans celle-ci par l'arrêt *Keck* aux excès auxquels son approche dogmatique de la jurisprudence *Dassonville* avait fini par la mener⁵⁶⁹. Cette nouvelle approche « pollue » également les autres libertés dans lesquelles la Cour ne construit plus désormais ses arrêts qu'en fonction des circonstances factuelles de chaque cas d'espèce sans trop se soucier d'assurer la cohérence de sa jurisprudence – en dépit des appels répétés de plusieurs avocats généraux.

Ambiguïté sur le rôle des concepts et approche essentiellement casuistique rendent aujourd'hui difficile l'identification des valeurs réellement véhiculées par la Cour de justice pour le compte de l'Union européenne.

Une réflexion approfondie sur les valeurs que traduit l'interdiction des discriminations en droit communautaire semble pourtant aujourd'hui nécessaire. Dès ses premiers arrêts, la Cour a entendu marquer une différence entre *sexe* et *nationalité* comme critères de différenciation, au motif que le premier n'avait à l'origine été prohibé que comme élément perturbateur du fonctionnement d'une saine compétition entre entreprises installées dans différents Etats membres, alors que l'interdiction du second était consubstantielle de l'établissement d'un marché intégré, objectif ultime envisagé par les auteurs du traité.

Bien qu'elle ait rapidement affirmé que l'égalité entre les sexes est un objectif fondamental de la Communauté, la Cour n'a cependant jamais remis en cause le fait que sa jurisprudence rend beaucoup plus difficile pour une femme d'établir qu'elle est victime d'une discrimination par rapport à un homme que cette tâche ne l'est pour un ressortissant d'un autre Etat membre par rapport à un national de celui-ci. Involontairement sans doute, mais nécessairement néanmoins, cette attitude traduit une « valeur », à savoir qu'une discrimination fondée sur le sexe est « moins grave » qu'une discrimination fondée sur la nationalité, ce qu'illustre, encore en 2003, l'arrêt *Rinke* par exemple.

Depuis 1957, plusieurs modifications ont pourtant été apportées à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe édictée par le traité, chaque fois dans le sens d'une affirmation plus grande de l'importance de l'égalité entre les sexes, laquelle est dorénavant considérée comme une des « missions » de la Communauté. Mais le Constituant et le législateur ne sont pas toujours cohérents. Que ce soit dans la Constitution ou dans les directives « article 13 », l'ambiguïté sur la place relative des différents griefs prohibés de discrimination est évidente, de sorte qu'il paraît hasardeux d'affirmer qu'ils ont voulu affirmer la prééminence de certaines valeurs par rapport à d'autres, laissant donc implicitement cette tâche à la Cour de justice. A cet égard, on ne peut que constater les limites de l'approche actuelle. Confrontée à la multiplicité des motifs interdits de discrimination, la Cour devrait donc repenser sa manière d'appréhender l'interdiction des discriminations afin d'élaborer un cadre de raisonnement motivé et transparent. Dans cette tâche, il serait certainement utile qu'elle regarde les modèles élaborés par les cours d'autres ordres juridiques.

⁵⁶⁹ Le fameux « dernier refuge des plaideurs » dénoncé par le juge Joliet.

IIe Partie

La jurisprudence d'autres cours suprêmes⁵⁷⁰

Un examen détaillé de cinquante ans de jurisprudence a montré que l'interprétation des concepts d'égalité et de discrimination en droit communautaire a connu une évolution importante, celle-ci n'ayant pas été exempte d'ambiguïtés, de glissements, voire de renversements, ou de différenciations selon les domaines du droit où ces concepts ont été appliqués.

Le principe d'égalité est un concept juridique universel qui a trouvé une forme spécifique d'expression dans le principe d'interdiction de discrimination dans de nombreux textes internationaux depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Au niveau européen, il a été plus particulièrement inscrit à l'article 14 de la CEDH en 1950. Depuis lors également, de nombreux Etats démocratiques modernes ont adopté des législations spécifiques visant à combattre les discriminations fondées sur la race, le sexe, la religion, l'âge, le handicap,.... Ces développements se sont généralement⁵⁷¹ d'abord matérialisés dans des pays tiers, tels les USA⁵⁷², le Canada⁵⁷³ et l'Australie⁵⁷⁴. En droit communautaire, ces « autres » motifs de discrimination ne sont apparus que dans le traité d'Amsterdam de 1997, en particulier son article 13, auquel deux directives adoptées en 2000 ont donné une portée concrète.

Pour arriver à une compréhension la plus précise possible de, et à la formulation de conclusions sur, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, il est intéressant, et même nécessaire, d'examiner également la jurisprudence d'autres cours suprêmes ayant eu à interpréter fréquemment les concept d'égalité et/ou de discrimination sur une période de temps comparable.

Un examen critique cohérent de ces jurisprudences ne peut par ailleurs faire l'économie d'une mise en perspective préalable de l'origine et de la place des principes d'égalité et/ou de non-discrimination dans chacun des ordres juridiques examinés. En effet, ainsi que l'a souvent rappelé, à juste titre, la

⁵⁷⁰ La Cour européenne n'est pas une cour suprême au sens classique du terme comme le sont les cours suprêmes des Etats-Unis ou du Canada par exemple. Mais elle est compétente *en dernier ressort* pour assurer l'interprétation correcte de la CEDH et de ses protocoles, ainsi que le respect par les Etats contractants des droits et libertés qu'ils contiennent, voy. l'arrêt *Py*, para. 47.

⁵⁷¹ A l'exception notable du Royaume-Uni, Etat membre dans lequel le *Sex Discrimination Act* date de 1975 et le *Race Relations Act* de 1976.

⁵⁷² Le *Title VII du Civil Rights Act* date de 1964, sans parler bien entendu des garanties du droit à l'égalité figurant dans certains *Amendments* à la Constitution des Etats-Unis, en particulier le V^e et le XIV^e Amendements. Un premier *Civil Rights Act* fut adopté déjà en 1866.

⁵⁷³ La *Charte canadienne des droits et libertés* date de 1982 et remplaça un *Bill of Rights* datant de 1960.

⁵⁷⁴ Au niveau fédéral, le *Racial Discrimination Act* date de 1976, le *Sex Discrimination Act* de 1984 et le *Disability Discrimination Act* de 1992. En 2004, le législateur australien adopta également l'*Age Discrimination Act*.

Cour de justice, « *il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit communautaire, de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie*⁵⁷⁵. Et cette affirmation reste pleinement valable aussi pour l'interprétation d'un principe général, tel le principe d'égalité⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Voy., notamment, l'arrêt *St. Nikolaus Brenneri*, point 10.

⁵⁷⁶ Voy. l'arrêt *Anastasiou Pissouri I*.

Chapitre I - La Cour européenne des droits de l'homme

L'article 14 CEDH se lit comme suit :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Comme l'a écrit P. Lambert, « ce que l'article 14 de la Convention garantit, c'est non le droit à l'égalité devant la loi, mais, de façon plus limitée, l'absence de discrimination concernant les droits reconnus par la Convention et ses protocoles additionnels⁵⁷⁷. L'article 14 ne crée pas un droit supplémentaire par rapport aux droits reconnus dans la Convention : il est un complément de ceux-ci »⁵⁷⁸ et ne peut être invoqué qu'à l'encontre des parties contractantes à la Convention⁵⁷⁹, ce qui signifie aussi qu'il n'a vraisemblablement⁵⁸⁰ pas d'effet direct « horizontal », c'est-à-dire qu'il ne peut

⁵⁷⁷ Comme l'a écrit M. A. Eissen, « L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Pedone, 1968, p. 122, l'article 14 établit donc une égalité devant la Convention plutôt que devant la loi.

⁵⁷⁸ P. Lambert, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la CEDH ? », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 497.

⁵⁷⁹ *Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki*, para. 20. Le raisonnement tenu en l'espèce par la Cour européenne paraît néanmoins pour le moins discutable. En vertu d'un accord franco-algérien de 1962, des établissements scolaires publics français purent être créés en Algérie, dont l'accès était ouvert aux ressortissants des deux pays. Les requérantes sont des ressortissantes françaises mariées à des Algériens. Leurs enfants ont, en vertu du droit français, la double nationalité française et algérienne, mais seulement la nationalité algérienne en vertu du droit algérien. En 1988, l'Algérie informa les autorités françaises que, dorénavant, il ne pourrait plus être procédé à l'inscription ou la réinscription des enfants « algériens » dans les établissements scolaires créés en vertu de l'accord de 1962. La réinscription des enfants des requérantes fut dès lors refusée par l'office universitaire et culturel français pour l'Algérie, organisme gérant les établissements scolaires en cause. Selon la Cour européenne, la discrimination ainsi créée est la conséquence d'une décision prise unilatéralement par l'Algérie. Quelle que soit sa régularité au regard du droit international public, elle ne peut être imputée aux autorités françaises « dont l'exercice en l'espèce de la « juridiction » sur le territoire algérien avait son seul fondement dans cet accord ». Cette conclusion, outre qu'elle apparaît choquante, paraît discutable sur le plan des principes. Comme l'avaient fait valoir les requérantes, une discrimination est ainsi créée entre enfants français selon qu'ils ont ou non la double nationalité franco-algérienne dans le cadre de l'inscription dans des établissements scolaires publics français. Si l'on met entre parenthèses le caractère « interne » de cette situation au regard du droit communautaire, on peut raisonnablement estimer que, dans une situation similaire, la France n'aurait pu, eu égard à l'application combinée des arrêts *Micheletti* et *Boukhalfa* échapper à une condamnation devant la Cour de justice.

⁵⁸⁰ En toute hypothèse, la Cour européenne n'a jamais consacré expressément un tel effet direct horizontal. Il y a toutefois lieu de signaler que parfois, quoique assez rarement, la Cour européenne adopte un raisonnement dont le résultat peut être interprété comme conférant un effet direct horizontal à l'article 14. Ainsi, s'agissant de l'article 14, elle conclut dans *Pla et Puncernau* à la violation de cette disposition dans le cas d'un litige en matière successorale entre personnes privées (testatrice ayant exclu un petit-fils *adoptif* de sa succession) alors

être invoqué à l'encontre de personnes privées. En ce sens, la protection qu'il offre est donc en retrait de celle offerte par le traité CE⁵⁸¹. En outre, seules les personnes physiques⁵⁸² et les personnes morales de droit privé⁵⁸³ bénéficient de la protection offerte par la Convention⁵⁸⁴.

La question de la place de l'article 14 dans l'architecture de la Convention, et en particulier son autonomie éventuelle par rapport aux droits garantis par elle, a été, et continue d'être, une question fréquemment soulevée. Un tel débat, concernant l'article 12 du traité par exemple, n'a pas véritablement eu lieu en droit communautaire. Cette différence peut, peut-être, au moins partiellement s'expliquer par l'origine différente du principe de non-discrimination dans la Convention et dans le traité. L'article 14 CEDH est directement inspiré de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont l'article 7 proclame l'égalité de tous devant la loi ainsi que le droit sans distinction à une égale protection de la loi⁵⁸⁵. Il semble qu'une telle version « élargie » du principe de non-discrimination ait été présente dans la version initiale du projet de CEDH avant de disparaître lors des négociations⁵⁸⁶. En revanche, le principe de non-discrimination en droit communautaire a été conçu, dès l'origine, comme ne pouvant s'appliquer que dans les domaines couverts par le traité⁵⁸⁷.

même que la législation (andorrane) ne contenait elle-même aucune disposition discriminatoire. Les juges Bratza (point 4 de son opinion dissidente) et Garlicki critiquent cette application horizontale de l'article 14 en arguant notamment que si la Convention interdit toute discrimination entre individus en matière successorale par les organes législatifs ou judiciaires, cela n'implique pas qu'elle empêche de la même façon les particuliers d'opérer une discrimination dans la transmission de leurs biens, un testateur devant rester libre de choisir à qui il lègue ses biens.

Il est intéressant de noter qu'un tel effet horizontal est par ailleurs formellement exclu en ce qui concerne l'interdiction générale des discriminations édictée par l'article premier du nouveau Protocole n° 12, lequel dispose que « nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une *autorité publique* ».

⁵⁸¹ Sur l'effet direct horizontal de l'article 39 CE (libre circulation), voy. l'arrêt *Angonese*, et sur celui de l'article 141CE, voy. l'arrêt *Defrenne II*.

⁵⁸² Sur la protection de groupes particuliers, voy. *infra*, point I.8. Voy. également, entre autres, J.-M. Larralde, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1247.

⁵⁸³ *Lithgow*, para. 177.

⁵⁸⁴ Les personnes morales de droit public sont privées par l'article 34 de la Convention du droit d'introduire une requête devant la Cour ; voy. également *Breisacher* (décision d'irrecevabilité et la jurisprudence citée dans cette décision) ainsi que *Gouvernement de la communauté autonome du pays basque* (décision d'irrecevabilité).

⁵⁸⁵ Il en va de même de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». La deuxième phrase de disposition ne s'étend toutefois pas aux discriminations dues à des personnes privées.

⁵⁸⁶ P. Lambert, « Vers une évolution... ». J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 108, avancent que l'« on a craint que les organes de la Convention ne deviennent, par rapport aux juridictions internes, des instances supérieures appelées à connaître de prétendues erreurs de fait ou de droit commises par ces juridictions ».

⁵⁸⁷ Dans ce dernier, le libellé de l'article 12 dispose, expressément, que l'interdiction des discriminations n'a vocation à s'appliquer que dans le domaine d'application du traité. Une discrimination entre nationaux et ressortissants d'autres Etats membres ne sera donc pas proscrite, par le droit communautaire, si elle ne concerne pas une matière relevant du droit communautaire (arrêt *Grado* et *Bashir*) Il en est de même de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. A de multiples reprises (pour la première fois dans l'arrêt *Defrenne I*), la

En revanche, tant la Cour européenne que la Cour de justice ont, très tôt, affirmé que le principe d'égalité est intégré dans toutes les dispositions de la Convention ou du traité, même lorsque celles-ci ne renferment pas une expression concrète de ce principe⁵⁸⁸.

Une autre différence notable consiste dans le fait que la liste des motifs prohibés de discrimination dans l'article 14 CEDH n'est pas exhaustive, mais seulement indicative⁵⁸⁹ (« *fondée notamment* »).

A la différence du droit communautaire, le principe de non-discrimination n'occupe pas une place centrale dans le système de la CEDH. Il n'est d'ailleurs pas aisé de déterminer son rôle exact (section 1). Par ailleurs, la démarche de la Cour européenne lorsqu'elle interprète l'article 14 est souvent empreinte d'une grande subjectivité (section 2).

Section 1 – Le rôle ambigu de l'article 14 de la CEDH

L'article 14 CEDH ne contient pas de définition du principe de non-discrimination. Comme en droit communautaire, sa définition a été élaborée progressivement par la Cour européenne. L'attitude de la Cour européenne n'est toutefois pas exempte d'ambiguïté (§ 1). Cette dernière se traduit

Cour a confirmé que des situations discriminatoires peuvent échapper à l'interdiction énoncée par le droit communautaire si elles ne sont pas expressément visées par le traité ou le droit dérivé. Même s'il utilise un langage quelque peu différent (« *dans les limites des compétences que (le traité) confère à la Communauté* »), il semble admis que l'article 13 du traité, introduit par le traité d'Amsterdam, n'a pas, en toute hypothèse (L. Waddington, « *Testing the Limits ...* », p. 136, laquelle estime que l'article 13 a un champ d'application matériel plus restreint que celui de l'article 12), pour effet d'interdire des discriminations tombant hors du champ d'application du traité.

⁵⁸⁸ Voy. *Marckx*, para. 32 pour la Convention, et *Herbrink*, pour le traité.

⁵⁸⁹ *Engel*, para. 72; *Rasmussen*, para 34 ; *James*, para 74; *Salgueiro da Silva Mouta*, para 28; *Fretté*, para. 32. Il n'en demeure pas moins qu'en dépit de ce caractère non exhaustif, il me semble que la Cour européenne devrait, à chaque fois, identifier le critère de différenciation. Or, tel n'est pas nécessairement le cas, lorsque les plaignants se bornent à invoquer l'existence d'une « discrimination » sans préciser eux-mêmes le critère qui aurait été utilisé pour les « discriminer ». Ainsi, dans *Bucheň*, le requérant, juge militaire devenu juge de droit commun, se plaignait de ne pas avoir perçu, au moment de sa mise à la retraite comme juge militaire, l'allocation de retraite aux anciens juges militaires, dont le versement, en vertu d'une nouvelle loi, était suspendu jusqu'à la fin de l'exercice de ses fonctions de juge. Il se plaignait d'un traitement discriminatoire par rapport aux autres militaires de carrière qui auraient continué à percevoir cette allocation, et par rapport à d'autres anciens juges militaires qui toucheraient celle-ci. La Cour européenne se limite à constater l'existence d'une différence de traitement (para. 73), mais ne se soucie pas d'identifier le critère de distinction utilisé. Cette attitude se concilie pourtant mal avec une jurisprudence, utilisée il est vrai de manière ponctuelle, selon laquelle l'article 14 ne concerne pas toutes les différences de traitement, mais seulement celles ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres - *Kjeldsen*, para. 56 ; pour une application de cette jurisprudence, voy., par exemple, *Zarakolu* (décision d'irrecevabilité) et *Töre* (décision sur la recevabilité). Il semble que la House of Lords britannique, en s'appuyant sur la jurisprudence *Kjeldsen*, considère également dans son application de l'article 14 de la Convention, que celui-ci ne contient pas une liste illimitée de motifs prohibés de discrimination ; voy. *Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Polic, ex parte Marper (FC)*, opinion de Lord Steyn, para. 48.

En dépit du caractère indicatif, incontestable, de la liste des motifs de l'article 14, il arrive parfois que la Cour européenne déclare irrecevable une requête en arguant qu'une violation de cette disposition doit comporter une différence de traitement fondée sur un des motifs expressément énumérés, voy. *Acimovic* (décision d'irrecevabilité) ; *Beale* (décision d'irrecevabilité).

notamment par la reconnaissance d'une marge de discrétion importante aux Etats (§ 2). Ambiguïté du rôle et caractère subsidiaire de la protection offerte se conjuguent pour expliquer les faiblesses de l'article 14 (§ 3).

§ 1 – Jurisprudence clair obscur de la Cour européenne

C'est dans l'affaire dite du « régime linguistique », en 1968, que, pour la première fois, les questions de la définition du concept de discrimination et de la portée de l'article 14 furent examinées. Jamais par la suite, ces questions ne firent encore l'objet d'une analyse aussi détaillée. La lecture de la jurisprudence ultérieure semble d'ailleurs montrer que cet arrêt fondateur a figé, au moins jusqu'à aujourd'hui, la notion de discrimination et son rôle dans le système de la convention.

Jusqu'à cet arrêt de la Cour européenne, soit près de dix-huit ans après l'entrée en vigueur de la CEDH, le rôle de l'article 14 et sa définition n'avaient pas fait l'objet d'une réflexion approfondie. Ainsi que le reconnut alors elle-même la commission européenne des droits de l'homme, ses idées sur le champ d'application de cette disposition « n'étaient pas très nettement fixées ».

I – L'arrêt *régime linguistique*, la définition de la discrimination

Le raisonnement adopté par la Cour européenne fut le suivant :

« Malgré le libellé très général de sa version française ("sans distinction aucune"), l'article 14 (art. 14) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("without discrimination"). En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait. L'interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait par conséquent être retenue.

Il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus, contrevient ou non à l'article 14 (art. 14). A ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etats démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et

raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». (point 10)

Plusieurs constatations peuvent être faites à partir de la formulation de ce raisonnement. D'une part, pour la Cour européenne, le principe (négatif) de non-discrimination se confond avec celui (positif) de l'égalité de traitement. D'autre part, la Cour européenne ne donne pas de réelle définition théorique du principe d'égalité, mais énonce les critères devant permettre de juger si une distinction opérée entre deux personnes ou deux groupes peut constituer une discrimination : (a) la différence de traitement manque de justification objective et raisonnable ; (b) l'existence d'une justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure nationale ; (c) la différence de traitement doit poursuivre un but légitime ; (d) le principe d'égalité est violé non seulement si la différence de traitement ne poursuit pas un but légitime, mais également si, lorsqu'elle poursuit un tel but, il est « clairement établi » qu'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé⁵⁹⁰.

Cette énumération, et l'ordre dans lequel les différents critères sont cités, sont eux-mêmes révélateurs de la portée du principe de non-discrimination dans le système de la convention. Ainsi, il est frappant de constater que la Cour européenne ne fait aucune mention de la nécessité d'examiner la *comparabilité des situations* des personnes ou groupes en cause. De même, on peut relever, dans le point (b), une volonté certaine de souplesse dans l'appréciation à porter sur la distinction opérée et même une volonté de laisser à chaque Etat membre une certaine marge de manœuvre discrétionnaire⁵⁹¹. Par ailleurs, les formules employées laissent également transparaître les difficultés que la Cour européenne semble éprouver dans le maniement théorique de ce concept, par exemple lorsqu'elle se réfère au « rapport raisonnable de proportionnalité »⁵⁹².

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour reprendra ces différents éléments, mais en les synthétisant dans une formulation plus théorique : « une distinction de traitement (...) n'est discriminatoire qu'à

⁵⁹⁰ Ces principes devant guider l'appréciation de la Cour européenne sont également posés de manière claire dans l'opinion dissidente collective des juges Holmback, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast.

⁵⁹¹ Confirmée dans le même paragraphe de l'arrêt par l'indication que dans la recherche de l'existence ou non d'une distinction arbitraire, la Cour européenne « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ».

défaut de « justification objective et raisonnable », c'est-à-dire en l'absence d'un « but légitime » et d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »^{593 594}.

En conclusion, les deux enseignements essentiels que l'on peut tirer de cette jurisprudence, sont, d'une part, le caractère pragmatique de l'approche de la Cour européenne, visant à lui assurer une certaine marge d'appréciation, et, d'autre part, la marge de manœuvre délibérément laissée aux Etats membres, laquelle repose sur le postulat que la protection offerte par la Convention a un caractère subsidiaire.

II – L'article 14, un rôle clair en théorie

1) Absence de caractère indépendant

Dès l'arrêt « régime linguistique », la Cour européenne a affirmé que l'article 14 n'a pas d'existence indépendante *puisque'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et les Protocoles*⁵⁹⁵. Cette affirmation signifie notamment, concrètement, que la protection de l'article 14 ne peut être invoquée que si les faits du litige tombent dans le champ d'application de l'une au moins des dispositions de la Convention ou de ses Protocoles^{596 597}.

⁵⁹² L'examen de la proportionnalité d'une mesure implique nécessairement, outre son caractère approprié, son caractère raisonnable.

⁵⁹³ Voy. *Inze*, para 41 ; *Darby*, para 31 ; *McMichael*, para 97 ; *Marckx*, para 33 ; *Rasmussen*, para 38 ; *Gillow*, para 64 ; *James*, para 75 ; *Abdulaziz*, para 72 ; *Hoffmann*, para 33 ; *KarlHeinz Schmidt*, para 24 ; *Spadea*, para 45 ; *van Raalte*, para 39 ; *Gaygusuz*, para 42 ; *Stubbings*, para 72 ; *Building society*, para 88 ; *Petrovic*, para 30 ; *da Silva Mouta*, para 29 ; *Larkos*, para 29 ; *Sahin*, para. 56 ; *Fretté*, para. 34 ; *Palau-Martinez*, para. 31.

⁵⁹⁴ Revisitant cette jurisprudence en 2001 lors d'un séminaire, le Président de la Cour européenne, L. Wildhaber, énuméra - de façon plus complète que ne le font généralement les arrêts - les différentes étapes du raisonnement suivi : a) examen de l'applicabilité d'une disposition de la Convention aux faits de l'espèce ; b) existence d'une différence de traitement ; c) existence d'une situation comparable entre les différents groupes ou personnes entre lesquelles une différence de traitement est constatée ; d) existence d'une justification raisonnable de cette différence de traitement, c'est-à-dire recherche de l'existence d'un objectif légitime et d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés pour l'atteindre ; « Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights – a second-class guarantee ? », *2 Baltic Yearbook of International Law*, (2002), p. 5.

⁵⁹⁵ Para 9 ; voir également *Marckx*, para 32 ; *Airey*, para. 39 ; *Botta*, para. 39 ; *Thlimmenos*, para. 39 ; *Cha'are*, para. 42 ; *van der Mussele*, para. 43 ; *X&Y/PB*, para. 32 ; *Karlheinz Schmidt*, para. 22 ; *van Raalte*, para. 33 ; *Gaygusuz*, para. 36 ; *Petrovic*, para. 22 ; *Inze*, para. 36 ; *Camp et Bourimi*, para. 34 ; *Wessels-Bergervoet*, para. 42 ; *Willis*, para. 29 ; *Posti et Rahko*, para. 82 ; *Karner*, para. 32 ; *Palau-Martinez*, para. 29 ; *Pla et Puncernau*, para. 54.

⁵⁹⁶ *Botta*, para. 39 (la participation des handicapés aux activités récréationnelles et de loisirs qui se déroulent sur les plages fut jugée comme ne tombant pas dans le champ d'application de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) ; *Abdulaziz*, para. 71 ; *Thlimmenos*, para. 41-42 ; *Cha'are*, para. 42 ; *Karlheinz Schmidt*, para. 22 ; *van Raalte*, para. 33 ; *Gaygusuz*, para. 36 ; *Petrovic*, para. 22 ; *Fretté*, para. 27.

Le principe de non-discrimination demeure donc « l'accessoire » des autres dispositions de la CEDH, J.-Y. Carlier, « Le droit des étrangers en Europe : la lente évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité », *Annales d'études européennes*, 2000, pp. 189 et 207. Ainsi, dans la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Malarde*, la Cour européenne a jugé que l'article 3, paragraphe 1, du Protocole n° 1 (« Les Hautes

La Cour européenne a toutefois, à plusieurs reprises, interprété largement le champ d'application de différentes dispositions de la Convention afin de pouvoir procéder à un examen de la compatibilité de la mesure contestée avec l'article 14. Ainsi, elle a jugé dans l'arrêt *Petrovic* (para. 29) que « l'attribution de l'allocation de congé parental permettant à l'Etat de témoigner son respect pour la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, elle entre donc dans le champ d'application de ce dernier ». Cette interprétation est sans conteste assez audacieuse⁵⁹⁸. De même, dans l'arrêt *van der*

Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ») ne trouvant pas à s'appliquer (le grief portant sur l'élection à un conseil régional), l'article 14 ne pouvait être invoqué en combinaison avec cette disposition. Une même décision d'irrecevabilité fut prise dans l'affaire *Polacek*, la Cour européenne considérant, concernant le droit à la restitution à leurs biens confisqués après la seconde guerre mondiale par l'Etat dès lors qu'ils avaient perdu leur nationalité tchèque, que les requérants n'étaient pas titulaires d'un « bien » et ne disposaient pas d'une créance suffisamment établie ; en conséquence leur grief d'une discrimination fondée sur la nationalité ne pouvait être examinée. Voir également sur cette question la décision d'irrecevabilité rendue en 2003 dans l'affaire *Des Fours Walderode*. Il faut néanmoins signaler qu'en 2001 le Comité des droits de l'homme de l'ONU a conclu, pour les mêmes faits et concernant la même personne, à la violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques (discrimination fondée sur la nationalité).

⁵⁹⁷ Au prix d'un raisonnement audacieux, R. Wintemute, « « Within the Ambit » : How Big Is the « Gap » in Article 14 European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 366, avance même que si l'emploi, par exemple, n'est pas un domaine couvert par la Convention, toute discrimination dans ce domaine fondée sur la religion, les opinions politiques, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle serait attaquant au titre de l'article 14, dans la mesure où le motif invoqué tombe dans le champ d'application de la liberté de religion (article 9) ou d'expression (article 10) ou du droit au respect de la vie privée (article 8), même si le droit (l'emploi) revendiqué ne relève pas de ces dispositions. Ce raisonnement n'a cependant guère trouvé d'écho auprès de la Cour européenne. Cet auteur souligne toutefois à raison que dans son arrêt *Thlimmenos* (dans lequel la Cour européenne a condamné l'assimilation des condamnations pour raisons religieuses (appartenance aux témoins de Jéhovah) à celles prononcées pour d'autres motifs s'agissant de l'interdiction d'accès à une profession particulière), la Cour européenne semble avoir accepté, encore que de manière assez elliptique (voy. le para. 42, dans lequel elle mentionne « l'ensemble des circonstances » dont se plaint le requérant), qu'un argument tiré de l'interdiction de discrimination fondée sur la religion puisse être invoqué en raison seulement du fait que le motif de différenciation relève du champ d'application de l'article 9.

R. Wintemute admet par ailleurs que la théorie qu'il propose ne permet pas de couvrir les discriminations fondées sur la race, le sexe ou le handicap, motifs ne relevant d'aucune disposition particulière de la Convention.

⁵⁹⁸ Les droits sociaux sont en effet en principe exclus du champ d'application de la Convention ; pour un plaidoyer en faveur de leur inclusion, voy. F. Sudre, « La protection... » ; voy. également I. Daugareilh, « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *R.T.D.Eur.*, 2001, p. 123. A propos de l'arrêt *Petrovic*, Sudre parle (p. 770) d'un « grand écart » réalisé par la Cour européenne.

Toutefois, il convient de signaler que dans l'arrêt *Gaygusuz*, la Cour européenne a admis qu'une allocation de sécurité sociale, telle une allocation de chômage, constitue un « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Dans l'arrêt *Koua Poirrez* de 2003, elle jugea même qu'une autre allocation sociale, une allocation pour handicapé adulte, constitue un « bien » au sens de cette dernière disposition, même s'il s'agit d'une prestation sociale non contributive, c'est-à-dire dont l'octroi n'est pas lié au versement de cotisations ou de contributions par ses bénéficiaires. A propos de cet arrêt, F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Chronique d'actualité », *La Semaine Juridique*, éd. Générale, 2004, p. I-107, parle de la poursuite de l'entreprise « d'instrumentalisation » de la notion de biens par la Cour européenne.

Cet arrêt mérite également d'être souligné dans la mesure où, en 1992, la Cour de justice conclut que le père de M. Koua Poirrez, ressortissant français travaillant en France et n'ayant jamais exercé son droit à la libre circulation, ne pouvait revendiquer le droit à l'égalité de traitement inscrit dans le règlement 1612/68 pour revendiquer le bénéfice de cette allocation.

Musselle (para. 43), la Cour constate tout d'abord que le litige n'a pas trait à un travail⁵⁹⁹ forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 de la CEDH et se demande en conséquence si la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire de ce texte et, par voie de conséquence, de l'article 14. Afin de contourner cet obstacle, elle juge néanmoins que « *parmi les critères servant à délimiter la notion de travail obligatoire figure l'idée de normalité. Or un travail normal en soi peut se révéler anormal si la discrimination préside au choix des groupes ou individus tenus de le fournir, ce qu'affirme précisément l'intéressé* ». Ici encore, la rigueur juridique de pareille affirmation pourrait être discutée. A chaque fois, le raisonnement de la Cour européenne fut que l'article 14 CEDH entre en jeu dès lors que « *la matière sur laquelle porte le désavantage compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti* »⁶⁰⁰ ou que « *les mesures critiquées se rattachent à l'exercice d'un droit garanti* »⁶⁰¹. Dans *Sidabras*, elle jugea même que l'interdiction – certes critiquable – faite par la Lituanie aux personnes ayant travaillé auparavant pour le KGB de postuler à un emploi dans le secteur privé pour une durée de dix ans était de nature à affecter le droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, car cette interdiction a affecté de manière très sensible la possibilité des plaignants à développer des relations avec le monde extérieur, et a leur a dès lors créé de sérieuses difficultés en ce qui concerne la possibilité de gagner leur vie, avec les répercussions évidentes que cela engendre sur la jouissance de leur vie privée. Elle motive également cette conclusion en s'appuyant sur la Charte sociale européenne et les conventions de l'OIT (para. 47 et 48).

Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Fretté* pour pouvoir procéder à un examen de la compatibilité de la mesure contestée avec l'article 14 pourrait sembler encore plus discutable. Le requérant s'était vu refuser par les autorités françaises le droit d'adopter un enfant en raison de son homosexualité avouée⁶⁰². La Cour rappelle tout d'abord (para. 32) que la CEDH ne garantit pas en tant que tel un droit d'adopter, et que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille. Elle conclut dès lors que le refus d'agrément à une adoption ne peut « *en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle* ». Elle ajoute pourtant que le droit français autorise tout célibataire à faire une demande d'adoption et que s'il est avéré que le refus opposé au requérant repose exclusivement

⁵⁹⁹ Pour un examen de la jurisprudence de la Cour européenne sur l'application de la CEDH à l'emploi, voy. M. Enrich Mas, « Existe-t-il un droit au travail dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection* ..., p. 487.

⁶⁰⁰ *Syndicat national de la police belge*, para. 45. Voy. également *Camp et Bourimi*, para. 35, dans lequel la Cour européenne déclare que « *bien que l'article 8 ne garantisse pas en tant que tel un droit à hériter, la Cour a admis précédemment que les questions de succession ab intestat entrent dans le champ d'application de cette disposition, dans la mesure où elles représentent un aspect de la vie familiale* ».

⁶⁰¹ *Schmidt et Dahlström*, para. 39.

sur son orientation sexuelle, « *il faudra en conclure qu'il y a eu différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention* ». Elle conclut à cet égard que le droit à l'adoption garanti par le droit français, « *qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention* », est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle. Le raisonnement de la Cour paraît, à première vue, contradictoire : si la CEDH ne garantit pas un droit à l'adoption et que donc un refus d'agrément ne porte pas atteinte à l'article 8, comment la Cour peut-elle, dans le même paragraphe, néanmoins conclure que le droit à l'adoption est couvert par l'article 8 ? Le raisonnement de la Cour sur l'applicabilité de la Convention pourrait être vu comme « faible », comme le souligne le juge Costa dans son opinion partiellement concordante^{603 604}.

Dans leur opinion partiellement dissidente, les juges Bratza, Fuhrman et Tulkens tentent de justifier le raisonnement de la Cour en déclarant que « l'article 14 s'étend non seulement à la jouissance des droits que les Etats sont obligés de garantir par la Convention, *mais également à ces droits et libertés qui tombent sous l'empire d'une disposition matérielle de la Convention et que l'Etat a choisi de garantir, même si ce faisant il va au-delà de ce qui est exigé par la Convention* ». Cette tentative d'explication est intéressante, mais les deux arrêts sur lesquels les trois juges dissidents s'appuient⁶⁰⁵ ne paraissent pas conforter leur point de vue. En effet, dans ceux-ci, l'extension concernait un droit tombant indiscutablement dans le champ d'application d'une disposition spécifique de la Convention ou d'un Protocole. Or, tel n'est pas le cas du droit à l'adoption. Les trois juges dissidents estiment toutefois qu'un tel droit rentre incontestablement « sous l'empire » de l'article 8 et qu'à partir du moment où la France a été au-delà de ce qui était requis au regard de cette disposition, il lui incombe d'appliquer ce système d'une manière qui n'introduit pas une discrimination injustifiée.

Cette appréciation sur le champ d'application de l'article 8 est discutable, mais défendable. Toutefois, force est de constater qu'elle ne trouve aucun écho, explicite du moins, dans le

⁶⁰² Comme le relève la Cour européenne, ce refus n'avait jamais été motivé explicitement par un tel motif, mais bien par le « choix de vie » du requérant, critère renvoyant, certes implicitement, mais certainement à son homosexualité.

⁶⁰³ A laquelle se rallièrent les juges Jungwiert et Traja. Il est dès lors étonnant de noter que moins de deux ans plus tard, en 2004, le juge Costa, a voté avec la majorité pour conclure (para. 140) dans l'arrêt *Pini* que le droit d'adoption est couvert par l'article 8, et en tout cas que les relations entre un adoptant et un adopté, bien que n'ayant jamais encore vécu ensemble, sont de même nature que les relations familiales protégées par cette disposition. Pour atteindre cette conclusion, la Cour européenne ne s'appuie pas sur l'arrêt *Fretté*. En revanche, le juge Jungwiert, auquel se joint cette fois la juge Thomassen, continue à considérer que le droit d'adoption ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 8, et fait remarquer au passage que seules les relations entre des parents et enfants adoptifs méritent la même protection, justement en raison de l'existence d'une vie familiale réelle.

⁶⁰⁴ Cet arrêt illustre par contre le rôle de l'article 14. Dès lors que la législation française autorise tout célibataire à introduire une demande d'adoption, une telle autorisation doit nécessairement respecter les dispositions de la Convention, et notamment le principe de non-discrimination, même si, en tant que tel, le droit d'adopter n'est pas garanti par la Convention..

raisonnement tenu au point 32 de l'arrêt ! (voy.*ci-dessus*). On ne peut d'ailleurs à cet égard passer sous silence le fait, pour le moins paradoxal, que le para. 32 de l'arrêt est formellement soutenu par *un* seul juge de la majorité⁶⁰⁶ et trois juges de la minorité, et rejeté par les 3 autres juges de la majorité !⁶⁰⁷⁶⁰⁸

De même, la Cour a jugé que la protection de l'article 14 continue à s'appliquer même lorsque l'Etat concerné estime avoir été plus généreux que ne le requiert la Convention dans le cadre d'une disposition spécifique⁶⁰⁹. L'article 14 s'applique également dans l'application des restrictions, jugées légitimes, aux droits tirés de la Convention. Cela signifie que lorsque un droit particulier a pu être limité, pareille limitation ne peut entraîner une discrimination entre les différents groupes se trouvant dans une situation analogue⁶¹⁰.

2) Mais portée autonome

La confirmation du principe que l'interdiction de discriminations ne vaut que pour les droits et libertés garantis par la Convention ne règle pas pour autant la question de la *portée* de cette interdiction ni, par conséquent, le rôle exact de celle-ci : l'article 14 peut-il être violé sans que ne soit violée une autre disposition ? Ou au contraire l'article 14 ne trouve-t-il à s'appliquer qu'en combinaison avec une autre disposition de la Convention ? En d'autres termes, l'article 14 a-t-il ou non une portée autonome ?

La réponse apportée à ces questions par la Cour européenne est claire ... sur le plan théorique⁶¹¹. Elle a constamment jugé que l'article 14 entre en jeu même sans un manquement aux exigences des autres dispositions. En conséquence, a-t-elle affirmé, il possède une portée autonome⁶¹². Cela signifie que si, au terme de son examen de compatibilité avec une disposition particulière, la Cour européenne conclut que la mesure nationale n'est pas contraire à celle-ci, cette conclusion ne la dispense pas

⁶⁰⁵ *Régime linguistique*, para. 33-34 et *Abdulaziz*, para. 78

⁶⁰⁶ Le juge Kuris.

⁶⁰⁷ C'est pourquoi la remarque des juges dissidents selon laquelle « *comme la majorité le reconnaît elle-même* [...], la situation dont se plaint le requérant rentre bien sous l'empire de l'article 8 de la Convention » ne me paraît pas être très appropriée.

⁶⁰⁸ Me paraît en revanche beaucoup plus convaincante la position adoptée dans l'arrêt *Pretty*, dans lequel elle considère que le droit au respect de la vie privée englobe « le droit à l'autodétermination », soit le droit de choisir d'éviter ce qui, aux yeux de la requérante, apparaît comme une fin de vie indigne et pénible (para. 67).

⁶⁰⁹ *Abdulaziz*, para. 82. Il est intéressant de constater que la Cour de justice adopte une attitude identique, voy. arrêt *Kaske*, point 38.

⁶¹⁰ *Irlande/Royaume-Uni*, para. 228. Le raisonnement implicite de la majorité des juges est bien précisé par le juge Matscher dans son opinion séparée. *Contra* : la position du juge Fitzmaurice, opinion séparée, para. 45, dans la même affaire.

⁶¹¹ ... Sauf quand la Cour européenne elle-même utilise le terme « autonome » pour rappeler l'absence d'un caractère « indépendant » de l'article 14, voy. *Koliha* (décision sur la recevabilité).

⁶¹² *Thlimmenos*, para. 40; *van der Mussele*, para. 43; *Botta*, para. 39; *Wessels-Bergervoet*, para. 42; *Sidabras*, para. 38.

d'examiner, en outre, si cette mesure n'est pas quand même contraire à l'article 14⁶¹³. En pratique, en revanche, l'attitude de la Cour européenne paraît assez confuse et discutable⁶¹⁴.

Le point de départ de la jurisprudence de la Cour européenne sur la place de l'article 14 dans le système de la Convention est que « *tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou des libertés* »⁶¹⁵ ou, en d'autres termes, que le principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 est consacré par chacune des dispositions spécifiques de la Convention⁶¹⁶. La Cour européenne juge dès lors superflu de se pencher sur une éventuelle violation de l'article 14 dès lors qu'elle a, au préalable, conclu à la violation d'une autre disposition spécifique^{617 618}. Le pendant de cette jurisprudence est que dès lors qu'elle a conclu à la violation de l'article 14, pris isolément ou en combinaison avec une disposition spécifique⁶¹⁹, elle n'estime plus

⁶¹³ Pour une explication théorique, voir *Rekvenyi*, para. 67 ; pour une application pratique, voir, par exemple, *Hoffmann* (2001) ou *Posti et Rahko*.

⁶¹⁴ O.M. Anardottir, p. 173, ainsi que les nombreux auteurs auxquels elle renvoie, font le même constat.

⁶¹⁵ *Régime linguistique*, para. 9 ; *Syndicat national de la police belge*, para. 44 ; *Marckx*, para. 32

⁶¹⁶ *Luedicke*, para. 53 ; *Kamasinski*, para. 75

⁶¹⁷ *Darby*, para. 35 ; *Matthews*, para. 68 ; *Tinelly*, para. 87, *ex-roi de Grèce*, para. 103 ; *Kremzow*, para. 80 ; *Keegan*, para. 62 ; *Kroon*, para. 42 ; *Saints Monastères*, para. 94 ; *Özdep*, para. 49 ; *Lustig*, para. 109 ; *Chypre/Turquie*, para. 191 et 312 ; *Ekin*, para. 65 ; *Sadak*, para. 70 ; *Grande Oriente d'Italia*, para. 34 ; *N.F.*, para. 40 ; *Devlin*, para. 34, *Devenney*, para. 32 ; *Yazar (HEP)*, para. 62 ; *Podkolzina*, para. 42 ; *Dangeville*, para. 66 ; *D.G.*, para. 116 ; *Wilson*, para. 52 ; *Sovtransavto Holding*, para. 101 ; *Perkins*, para. 41 ; *DEP*, para. 67 ; *Cordova (n° 1)*, para. 75 ; *Eugenia Michaelidou Developments Ltd*, para. 38 ; *Slivenko*, para. 134 ; *Parti socialiste de Turquie*, para. 52 ; *Jahn*, para. 97 ; *Jorge*, para. 61 ; *Hirst*, para. 54 ; *Connors*, para. 97 ; *Lebbink*, 44 ; *H.L.*, para. 145 ; *Ásmundson*, para. 47 ; *Partidul comunistilor*, para. 63 ; *Melnychenko*, para. 71. Dans ce dernier arrêt, la Cour européenne estime d'abord qu'il y a lieu d'analyser le problème posé uniquement à l'intérieur de l'article 1 du Protocole n° 1, et non en conjonction avec l'article 14, tout en affirmant, expressément, par la suite le caractère discriminatoire de la mesure contestée (para. 44). Il arrive toutefois que la Cour européenne, après avoir conclu à la violation d'une disposition spécifique, conclue également à la violation séparée de cette même disposition, combinée avec l'article 14, voy., par exemple, *Chassagnou*, *Marckx*, *Sahin* (arrêt de chambre). A l'inverse, il arrive également parfois que la Cour européenne ayant conclu à l'absence de violation d'une disposition spécifique, procède à un examen de la violation éventuelle de l'article 14 combiné avec cette disposition spécifique : *Stjerna* ; *Posti et Rahko* ; *Sahin* (arrêt de la Grande Chambre) *Zouboulidis* (décision sur la recevabilité) ; *Charmantas* (décision sur la recevabilité).

⁶¹⁸ C'est ce que D. Nicoll, « Lessons from Luxembourg : Federalisation and the Court of Human Rights », *European Law Review*, 2001, pp. 7 et 9, qualifie de « refus de donner un jugement complet ». Il a tout à fait raison lorsqu'il affirme que la Cour européenne « often seemed to take the curious view that once it had secured a « conviction » by holding that the State had violated one human right, this rendered unnecessary an examination of the remaining allegations ». Bien que sa critique porte essentiellement sur la jurisprudence antérieure à la fusion entre la Commission et la Cour, la jurisprudence de la « nouvelle » Cour européenne est susceptible d'être l'objet d'une critique similaire. Cette « abstention » de la Cour européenne est notamment regrettable dans des situations où son analyse quant une violation éventuelle de l'article 14 serait particulièrement la bienvenue, par exemple dans le cas d'une allégation d'une discrimination fondée sur la religion ou l'appartenance à une minorité nationale en Irlande du Nord, voy. *Tinnelly* ; *Devenney*.

⁶¹⁹ Jusqu'en 2003, il n'y a eu que sept affaires (*régime linguistique*, *Marckx*, *Abdulaziz*, *Inze*, *Darby*, *Vermeire et Pine Valley Ltd*) dans lesquelles la Cour européenne a constaté une violation de l'article 14 combiné avec une autre disposition normative de la Convention, voy. M. Bossuyt, « Article 14 », in L. E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Economica, 2003, pp. 475 et 481. En 2004, la Cour européenne aboutit également à un constat de violation de l'article 14 combiné à l'article 8 dans les arrêts *Pla et Puncernau*, *Sidrabras*, *Tekeli* et *Merger et Cros*. Dans cette dernière affaire, elle conclut également à une violation de l'article 14 combiné à l'article 1 du Protocole n° 1 (droit de propriété).

nécessaire de rechercher l'existence d'une violation de cette autre disposition spécifique prise isolément⁶²⁰, voire même parfois de l'article 14 mais en combinaison avec une autre disposition spécifique⁶²¹. De même, lorsqu'elle a conclu à la violation de l'article 14, en raison d'une discrimination fondée sur un grief particulier, pris en combinaison avec une autre disposition, elle n'examine pas l'existence d'une violation de ces mêmes dispositions, mais en raison d'une discrimination fondée sur un autre grief^{622 623}.

La Cour européenne a quelque peu atténué la rigueur de cette jurisprudence dans quelques arrêts, dans lesquels elle a précisé qu'après un constat de violation d'une disposition spécifique, un examen sous l'angle de l'article 14 s'imposerait néanmoins « *si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire* »⁶²⁴. Il ne semble pas exagéré de penser que pareille précision reste cependant très floue.

Cette jurisprudence constante de la Cour européenne a été peu contestée. Deux opinions dissidentes dans lesquelles les juges Matscher et Costa expriment leur gêne sur cette jurisprudence méritent toutefois d'être mentionnées. Dans l'affaire *Dudgeon*, le juge Matscher déclarait notamment :

« ... Dans ces conditions, il apparaîtrait sans intérêt juridique de rechercher si le requérant a subi de surcroît une discrimination par comparaison avec d'autres personnes sujettes à de moindres limitations au même droit. Je regrette de ne pas me sentir en mesure de souscrire à ce raisonnement. D'après moi, lorsque la Cour est appelée à statuer sur la violation d'une disposition de la Convention, alléguée par le requérant et

⁶²⁰ *Thlimmanos*, para. 53 ; *Burghartz*, para. 29 ; *Bucheň*, para. 77 ; *L. et V.*, para. 55 ; *Palau-Martinez*, para. 44 ; *Pla et Puncernau*, para. 64 ; *Sidabras*, para. 63 ; *Tekeli*, para. 69.

⁶²¹ *Karlheinz Schmidt*, para. 30 ; *Willis*, para. 53. Même si l'affaire porte principalement sur la violation de cette autre disposition en combinaison avec l'article 14, voy l'opinion dissidente commune des juges Loucaides et Tulkens dans *Mazurek*. Voy. toutefois l'arrêt *Sidabras*, dans lequel après avoir conclu à la violation de l'article 14, combiné à l'article 8 de la Convention, la Cour européenne vérifie également s'il y a eu violation de l'article 10, combiné à l'article 14. Elle constata toutefois que les faits ne relevaient pas de l'article 10 (liberté d'expression). Voy. également l'arrêt *Merger et Cros*.

⁶²² *B.B.* Refus de considérer l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge en combinaison avec l'article 8 (protection de la vie privée) lorsqu'elle a déjà conclu à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en combinaison avec le même article 8.

⁶²³ Le Président actuel de la Cour européenne a reconnu lui-même l'absence de cohérence dans la jurisprudence (« Protection against ... », p.5). Selon lui, cette absence de cohérence pourrait être partiellement s'expliquer par la place du principe de non-discrimination dans la Convention et la nature conditionnelle de son application. Celles-ci auraient, dans une certaine mesure, « empêché » la Cour européenne de donner son véritable rôle à l'article 14. Cette explication ne paraît pas entièrement convaincante, quand on confronte cette attitude à celle adoptée pour interpréter d'autres dispositions de la Convention. Cette attitude a néanmoins clairement contribué, ainsi qu'il le reconnaît lui-même (p. 7) à faire de l'interdiction de discrimination édictée par l'article 14 une garantie de « second classe ».

⁶²⁴ *Airey*, para. 30 ; *Dudgeon*, para. 67 ; *X&Y/Pays-Bas*, para. 32 ; *Aziz*, para. 35. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 539, parle du « caractère de circonstance aggravante d'une autre violation ».

contestée par le gouvernement en cause (et à la condition que la demande soit recevable), il lui incombe de se prononcer sur cela, en donnant une réponse sur le fond du problème qui a été soulevé. Elle ne peut pas se soustraire à cette obligation en employant des formules qui risquent de limiter excessivement la portée de l'article 14 jusqu'à le priver de toute valeur pratique. »

De son côté, le juge Costa déclara dans l'affaire *Chypre/Turquie* :

« Sur un plan général, l'interdiction de la discrimination posée par l'article 14 ne me paraît pas faire double emploi avec la simple constatation qu'un droit garanti par la Convention a été violé. (...) Pour une communauté enclavée, au sein d'une île divisée notamment sur le plan religieux, et n'ayant pas sa liberté de mouvement, il me semble que la liberté religieuse se trouve l'une des plus importantes, et qu'elle a été en l'espèce méconnue ; je ne suis pas choqué, à titre personnel, d'en déduire une double violation, et de l'article 9 et de l'article 9 combiné avec l'article 14. On pourra certes objecter que le constat d'une discrimination atteignant le seuil de gravité des traitements inhumains et dégradants que prohibe l'article 3 est suffisant. Peut-être. Mais je ne suis pas sûr qu'il faille que cet article absorbe tout, qu'il prime sur toutes les autres violations. La Convention forme un tout, mais il ne faut pas en déduire qu'une seule violation de la Convention dispense d'examiner s'il y en a eu d'autres, sauf dans des cas exceptionnels où ce sont exactement les mêmes faits qui recouvrent en totalité des griefs différents. »

Ces deux opinions dissidentes expriment, chacune à leur façon, des doutes communs : l'attitude de la Cour européenne n'a-t-elle pas pour effet de réduire excessivement la portée, tant symbolique que juridique, de l'interdiction des discriminations édictée par l'article 14 de la Convention ?

En toute hypothèse, la coexistence, au sein d'une même jurisprudence, de deux affirmations d'apparence contradictoire, portée autonome de l'article 14, d'une part, intégration dans toutes les autres dispositions, d'autre part, ne pouvaient mener qu'à une application pratique confuse.

III – Un rôle ambigu en pratique

Le germe de la confusion est à chercher dans la place ambiguë conférée par la Cour européenne à l'article 14. Il paraît en effet assez difficile à première vue de réconcilier l'affirmation selon laquelle l'article 14 - et donc le principe de non-discrimination qu'il énonce - est partie intégrante de chaque disposition spécifique avec celle octroyant néanmoins une portée autonome à cette interdiction.

Si le principe de non-discrimination inséré à l'article 14 doit être vu comme faisant partie intégrante de chaque autre disposition spécifique, comment peut-il se voir, en même temps,

reconnaître une portée autonome ? En d'autres termes, comment une mesure nationale jugée compatible par la Cour européenne avec une disposition spécifique de la Convention, et donc nécessairement avec le principe de non-discrimination qu'elle intègre implicitement, pourrait-elle encore être jugée incompatible avec l'article 14 ?⁶²⁵

Pareille confusion se retrouve dans plusieurs arrêts.

Ainsi, dans l'arrêt *Airey* (para. 30), la Cour européenne déclare que l'article 14 « représente un élément particulier (non-discrimination) de chacun des droits protégés par la Convention. Les articles les consacrant peuvent se trouver méconnus isolément ou/et en combinaison avec l'article 14. Si la Cour ne constate pas de violation séparée de l'un d'entre eux, invoquée à la fois en soi et conjointement avec l'article 14, il lui faut examiner aussi la cause sous l'angle de ce dernier ».

De même, dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge* (para. 44), la Cour européenne affirme que quoiqu'elle « n'ait constaté aucune violation de l'article 11 §1, il y a lieu de rechercher si les différences de traitement dont se plaint le syndicat méconnaissent les articles 11 et 14 combinés ». L'affirmation de la nécessité d'un recours à l'article 14 *en combinaison* avec l'article 11 n'est-elle pas déjà contradictoire avec le postulat que l'article 14 fait partie intégrante de l'article 11 ? Mais en outre, la Cour européenne ajoute qu'une « mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut donc enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire. Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacun des divers articles » spécifiques. Une fois encore comment peut-on réconcilier les deux phrases composant cette affirmation ? Si le principe de non-discrimination fait

⁶²⁵ L'arrêt *Refah Partisi* peut illustrer ce dilemme. Le parti politique requérant alléguait que sa dissolution par les autorités turques violait notamment les articles 11 (liberté d'association) et 14 (discrimination fondée sur la religion). Examinant l'allégation de violation de l'article 11 pris isolément, la Cour européenne déclare (para. 69) que le système de société proposée par ce parti politique « *enfreindrait indéniablement le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des principes fondamentaux de la démocratie. En effet, une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction n'a manifestement aucune justification au regard de la Convention, et notamment au regard de son article 14, qui prohibe les discriminations* ». La Cour européenne conclut donc à la non violation de l'article 11 au terme, notamment, d'un examen du principe de non-discrimination « faisant partie intégrante » de cet article. Examinant ensuite le grief tiré d'une prétendue violation de l'article 14, elle se borne à déclarer (para. 84) que ce grief « *portant sur les mêmes faits que ceux examinés sur le terrain de l'article 11, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de (l') examiner séparément* » (arrêt confirmé par la Grande Chambre, para. 137). Il ne pouvait évidemment en aller autrement, mais cet arrêt, et sa formulation, résume toute l'ambiguïté de la place réservée à l'article 14 par la jurisprudence de la Cour européenne.

De même, quel peut encore être le rôle de l'article 14 lorsque la Cour européenne affirme que la réglementation en cause est discriminatoire et qu'il « apparaît difficilement soutenable » qu'elle soit toujours en vigueur, concluant ainsi à la violation de ... l'article 11 pris isolément. Dans une telle situation, il devenait évident que la Cour européenne ne pouvait qu'estimer superflu l'examen du grief tiré d'une violation combinée des articles 11 et 14 (*Ekin* – législation française permettant d'interdire de manière absolue la circulation et la distribution de tout écrit considéré comme de provenance étrangère).

partie intégrante de l'article 11, pourquoi doit-on néanmoins recourir à l'article 14 pour examiner le caractère discriminatoire éventuel de la mesure en cause ?

Cette confusion des principes a évidemment eu des conséquences dans leur application pratique.

Ainsi, dans l'affaire *Sheffield*, les requérantes, transsexuelles, se plaignaient d'être victimes d'une discrimination fondée sur le sexe eu égard aux inconvénients que, à la différence des hommes, elles subissaient lorsqu'elles devaient divulguer leur ancien sexe. La Cour européenne ayant considéré, au titre de l'article 8, que l'Etat défendeur n'avait pas dépassé sa marge d'appréciation en ne reconnaissant pas le nouveau sexe des transsexuels opérés, juge (para. 74 à 76) qu'il doit en aller de même au titre de l'article 14, les considérations émises dans le cadre de l'article 8 étant également englobées dans la notion de « justification raisonnable et objective » insérée à l'article 14. Pareil raisonnement prive de tout effet utile l'invocation d'une violation de l'article 14, dans la mesure où le résultat de l'examen de cette disposition dépend en réalité de la conclusion à laquelle la Cour européenne a abouti à propos de la violation de la disposition spécifique, en l'occurrence l'article 8⁶²⁶.

Le même constat peut être tiré à propos de l'affaire *Eglise métropolitaine de Bessarabie*. La Cour européenne conclut à une violation de l'article 9, pris isolément, du fait que le refus de reconnaître l'Eglise requérante a de telles conséquences sur la liberté religieuse des requérants qu'il ne saurait passer pour proportionné au but légitime poursuivi. Les requérants ayant également allégué une violation de l'article 14, combiné avec l'article 9, la Cour européenne estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner ce grief dès lors que « les allégations ayant trait à l'article 14 s'analysent en une répétition de celles présentées sur le terrain de l'article 9 » (para. 134)⁶²⁷.

Il en va de même de l'affaire *James*, dans laquelle les requérants soutenaient que la cession obligatoire de dix de leurs immeubles avait entraîné, par elle-même ou en raison du prix payé, une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (droit de propriété). Ils alléguaient en outre que les conditions des transferts de propriété comportaient une discrimination contraire à l'article 14 (sur base de la fortune). Sous l'angle du Protocole, la Cour européenne juge qu'il n'y a pas eu violation de son article 1^{er} au motif que la législation attaquée poursuit un but légitime d'utilité publique. Se tournant vers l'article 14, la Cour européenne considère (para. 76) que « quoique présentée sous un éclairage

⁶²⁶ Cette conclusion est renforcée après l'arrêt *Goodwin* rendu seulement quatre ans après. Dans celui-ci, la Cour européenne renverse sa jurisprudence *Sheffield* en ce qui concerne les droits des transsexuels. Ce renversement étant intervenu dans le cadre de l'article 8, elle se limite à constater que le cœur du grief sur le terrain de l'article 14 a été examiné « sous l'angle de l'article 8, dont la violation a été constatée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 » (para. 108). Quel peut dès lors encore être le rôle de l'article 14, si non seulement sa violation, mais même son examen, dépendent en réalité du raisonnement mené au titre d'une autre disposition ?

⁶²⁷ Pour un raisonnement similaire concernant une allégation de violation de l'article 14 combiné cette fois avec l'article 10, voy. *Österreichischer Rundfunk c. Autriche* (décision sur la recevabilité).

différent, (la thèse des requérants) coïncide avec une doléance déjà exprimée sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1. Dans le contexte de ce dernier, la Cour estime que l'absence d'un système d'examen détaillé de chacun des rachats envisagés n'aboutit pas à rendre inacceptable l'application desdites lois. *Elle n'aperçoit aucune raison de ne pas arriver à la même conclusion sous l'angle de l'article 14* »⁶²⁸.

Le sentiment de malaise est encore plus grand à la lecture de l'arrêt *Chapman*, dans lequel la Cour européenne soutient (para. 129) que « *eu égard à sa conclusion sous l'angle de l'article 8 de la Convention, selon laquelle l'ingérence dans les droits de la requérante était proportionnée au but légitime que constitue la protection de l'environnement, (elle) conclut à l'absence de discrimination contraire à l'article 14* »!⁶²⁹ Une telle prise de position amène à s'interroger sur le sens véritable de l'affirmation du « caractère autonome » de l'article 14.

L'arrêt *Eliazer* suscite un malaise comparable. Dans celui-ci, la Cour européenne juge d'abord que le fait que le requérant se soit vu refuser l'accès à la Cour de cassation au motif qu'il ne pouvait introduire pareil recours puisque, ayant été condamné par défaut, il devait d'abord faire opposition pour que l'affaire soit rejugée, n'est pas contraire à l'article 6(1) (droit à un procès équitable). Ensuite, « *à la lumière de* » ses considérations sur cette disposition, elle déclare que le requérant ne se trouve pas dans une situation comparable à celle d'un accusé ayant été présent à son procès (para. 41). Pareille affirmation lapidaire conduit, comme à propos de l'arrêt *Chapman*, à s'interroger sur la réelle utilité de l'invocation de l'article 14 dans un tel cas. Mais en outre, cette affirmation est en elle-même déconcertante : le critère de différenciation dénoncé (en l'espèce la présence ou non au procès) est utilisé comme preuve d'une absence de similarité des situations, rendant dès lors en toute hypothèse impossible la constatation d'une discrimination!^{630 631}. Cet arrêt semble donc plutôt illustrer une

⁶²⁸ Voy. également *Spath Holme* (décision sur la recevabilité) portant sur des faits assez similaires.

⁶²⁹ Pour un même raisonnement lapidaire, voy. *Gillow*, para. 65, dans lequel la Cour européenne « ne voit pas de motifs » d'aboutir à un raisonnement différent de celui tenu à propos de l'article 8.

⁶³⁰ Un arrêt de la Federal Court of Australia illustre bien le problème. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt (*Dopking (n°1)*), la partie défenderesse invoquait l'absence de situation comparable entre personnes mariées et personnes célibataires, eu égard à leur situation maritale différente, pour expliquer le refus d'octroi d'une allocation à un militaire célibataire en vue de l'achat d'un terrain. La Federal Court n'eut aucune peine à rejeter cette argumentation en arguant que l'argument invoqué, reposant sur le critère de discrimination prohibé (en l'espèce le « statut marital »), s'il était admis, empêcherait toute possibilité de constater une discrimination.

⁶³¹ Les considérations émises dans l'arrêt *Fogarty* sont tout aussi déconcertantes. La requérante invoquait le fait qu'elle s'était vu refuser l'accès à un tribunal au Royaume-Uni (article 6 §1) pour se plaindre d'une discrimination fondée sur le sexe en matière de recrutement (article 14) de la part de l'ambassade des USA à Londres. La Cour européenne juge d'abord qu'en conférant en l'espèce l'immunité de juridiction aux USA, le Royaume-Uni n'a pas violé l'article 6 CEDH. S'agissant du grief de discrimination fondée sur le sexe en raison du refus de l'ambassade d'embaucher la requérante, le Royaume-Uni faisait valoir, à juste titre, que l'article 14 ne pouvait entrer en jeu, puisque le refus d'accès à un tribunal n'était pas jugé contraire à la Convention par la Cour européenne. A titre subsidiaire, il faisait également valoir, de manière absurde, que l'immunité de juridiction étant opposable en l'espèce à tout travailleur, indépendamment de son sexe, il n'y avait pas violation de l'article 14, ... alors que le grief de discrimination ne portait évidemment pas sur cette question d'accès à un

absence totale de raisonnement sur l'article 14. On est en tout cas très loin de l'affirmation, théorique, du « caractère autonome » de l'article 14 que peu d'arrêts semblent finalement affirmer en pratique.

On est tenté de dire que l'arrêt *Aksoy* est un de ceux-là⁶³². Dans cet arrêt, la Cour européenne conclut d'abord à une violation de l'article 10 (liberté d'expression), au motif que la condamnation du requérant pour avoir publié une brochure abondant, notamment, le problème kurde, s'avère disproportionnée aux buts visés par la législation attaquée et, par conséquent, non « nécessaire dans une société démocratique ». En dépit de ce constat de violation, la Cour européenne examine néanmoins (para. 83) le grief alléguant une violation de l'article 14, le requérant estimant que la condamnation prononcée à son encontre dénote une discrimination fondée sur son origine ethnique (kurde). A première vue⁶³³, cet arrêt rend donc à l'article 14 sa véritable place en confirmant son caractère réellement autonome. De tels arrêts sont toutefois rares. En revanche, dans d'autres, la Cour européenne renforce l'impression du lecteur qu'elle entend réduire la portée pratique de cette disposition.

Ainsi, par exemple, la Cour européenne a estimé que le principe de non-discrimination n'est pas un principe d'ordre public, de sorte qu'elle n'a pas à soulever d'office la question de sa violation⁶³⁴. Dans l'arrêt *Chypre/Turquie*, c'est la prétendue existence de « circonstances particulières », non autrement

tribunal. De manière très surprenante, la Cour européenne fonde exclusivement sur ce second argument sa conclusion qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14.

C'est un raisonnement pareillement déconcertant qui fonde l'arrêt *Jantner*. Dans cette affaire, le plaignant souhaitait obtenir la restitution de biens confisqués par l'état tchécoslovaque après l'avènement du communisme. La loi slovaque organisant cette restitution conditionnait notamment celle-ci à une résidence permanente sur le territoire tchécoslovaque. La Cour européenne s'appuie sur l'absence d'une telle résidence permanente dans le chef du plaignant pour conclure à l'absence d'un droit au respect de ses biens (art. 1 du Protocole n° 1), et par conséquent à l'absence d'applicabilité de l'article 14 de la Convention. Or, c'est précisément cette condition de résidence permanente qui était discriminatoire. Fonder le rejet de la plainte sur le fait que cette condition n'était pas remplie revenait donc à priver de tout effet utile l'invocation même de la Convention ! *Comp.* le raisonnement différent du Comité des droits de l'homme de l'ONU dans l'affaire *Karel Des Fours Walderode* (Communication n° 747/1997 du 2 novembre 2001, CCRP/73/D/747/1997).

⁶³² L'arrêt *Hoffmann* (2001) en est un autre. Après avoir estimé que le refus opposé au requérant concernant son droit de visite de père à l'égard de son enfant né hors mariage n'était pas contraire à l'article 8 de la convention, la Cour européenne juge néanmoins que ce refus emporte violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, dans la mesure où le père d'enfants nés hors mariage est traité différemment et moins favorablement que le père divorcé en matière de droit de visite. Pour un raisonnement similaire, voy. *Papazoglou* (décision sur la recevabilité), dans lequel elle conclut, d'abord, à l'absence de violation de l'article 1 du Protocole n° 1, mais déclare ensuite « qu'elle doit dès lors examiner s'il y a eu violation de cette disposition, combinée avec l'article 14 ».

⁶³³ Cette première impression favorable du jugement doit toutefois être fortement relativisée eu égard au constat de non violation atteint par la Cour européenne, selon laquelle « rien ne porte à croire que les restrictions à la liberté d'expression qui en ont résulté peuvent être attribuées à une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique du requérant » (para. 83). Cette analyse (ou peut-être devrait-on dire absence d'analyse) s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence absolument constante par laquelle la Cour européenne refuse délibérément d'examiner, au titre de l'article 14, le grief de discrimination émanant de membres de la minorité kurde (sur cette question, voy. ci-dessous).

⁶³⁴ *van der Mussele*, para. 44. Le Tribunal aboutit à la même conclusion ; voy. les arrêts *Foral de Alava*, point 90 (aides d'état) et *Tenreiro*, point 88 (fonction publique).

précisées (para. 316), qui la conduisent à ne pas examiner les violations alléguées de l'article 14 au détriment des Chypriotes grecs. Dans le même arrêt, c'est l'absence d'une « pratique administrative » (para. 353) de violation de cet article qu'elle invoque pour ne pas examiner le grief de discrimination à l'encontre de la communauté tsigane chypriote turque.

§ 2 – L'importance de la marge de discrétion laissée aux Etats

La Cour européenne a considéré, dès l'arrêt *régime linguistique*, qu'elle ne saurait substituer son appréciation à celle des autorités nationales en ce qui concerne les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat défendeur. Si on considère qu'il s'agissait du premier arrêt dans lequel elle prenait véritablement position sur la place et le rôle de l'article 14, cette attitude de réserve adoptée par la Cour européenne peut se comprendre⁶³⁵. Couplée au rappel du caractère subsidiaire du mécanisme de protection offert par la Convention, son attitude pouvait peut-être, au moins partiellement, être vue comme exprimant sa volonté de ne pas heurter trop violemment les sensibilités des Etats. La lecture de sa jurisprudence ultérieure semble toutefois indiquer qu'elle ne s'est jamais départie de cette attitude de réserve initiale⁶³⁶. Au contraire, il pourrait être argué que la marge de manœuvre laissée aux Etats membres s'est élargie⁶³⁷.

La formulation généralement adoptée sur ce point par la Cour européenne est la suivante : « *Les autorités nationales jouissent donc, en la matière, d'une marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des*

⁶³⁵ La doctrine de la marge d'appréciation laissée aux Etats fut abordée pour la première fois par la commission européenne des droits de l'homme en 1958 dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni* (« affaire de Chypre »), mais c'est bien dans l'arrêt *régime linguistique* que la Cour européenne consacra cette doctrine ; voy. P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant – Nemesis, 1998, pp. 63 et 66.

⁶³⁶ A. Heringa, « Standards of Review for Discrimination », in *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, pp. 25 et 28, explique également que cette attitude réservée est liée à la position subsidiaire de la Cour européenne dans le mécanisme de supervision de la CEDH et à sa « raison d'être ». Le président de la Cour européenne, L. Wildhaber, « A constitutional future for the European Court of Human Rights », 23 *HRLJ* (2002), pp. 161 et 162, a justifié cette attitude de réserve par la nécessité de déférence à l'égard des décisions prises par des institutions démocratiques, déférence qui découlerait de la place primordiale de la démocratie dans le système de la Convention. Selon lui, le rôle de la Cour européenne ne peut être d'interpréter systématiquement l'intention des législateurs ou de remettre en cause celle-ci ; son rôle est d'exercer un contrôle international, dans des cas spécifiques, pour assurer que les solutions adoptées par ces législateurs n'imposent pas une charge excessive ou inacceptable sur un secteur de la société ou des individus. Selon lui, cela signifie donc que « *the margin of appreciation recognises that where appropriate procedures are in place a range of solutions compatible with human rights may be available to the national authorities* ».

⁶³⁷ P. Lambert, « Marge nationale... », p. 76, note que le contrôle de cette marge de manœuvre s'est parfois réduit à une véritable peau de chagrin.

distinctions de traitement juridique »⁶³⁸. Cette affirmation, constante dans la jurisprudence, a au moins deux implications notables.

Elle signifie, d'une part, que la Cour européenne se place elle-même dans une situation inconfortable pour apprécier l'existence d'une violation de l'article 14, puisqu'elle laisse à l'Etat défendeur l'opportunité de déterminer, en première instance, ce qui constitue ou non une différence de traitement arbitraire. Ce faisant, la Cour européenne semble se condamner à ne pouvoir sanctionner que « l'usage arbitraire » de la marge de manœuvre ainsi concédée aux Etats⁶³⁹. Mais d'un autre côté, il faut reconnaître que, ce faisant, la Cour européenne évite d'encourir le reproche que l'attitude adoptée depuis le début des années 1990 par la Cour de justice inspire, à savoir substituer, de sa seule initiative et en toute circonstance, sa propre subjectivité à celle du législateur (voy I^{ère} Partie)

D'autre part, et cette implication peut être vue, partiellement, comme une résultante de la première, la Cour européenne amoindrit la portée même de l'interdiction de discrimination et de son contrôle juridictionnel. Une discrimination ne résultera pas du traitement différent de situations comparables dès que celui-ci manque de justification objective et raisonnable aux yeux de la seule Cour européenne. Une discrimination ne pourra être constatée que s'il est « clairement établi » que la distinction est arbitraire, eu égard à la marge d'appréciation de chaque Etat de déterminer si des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient une distinction de traitement et le degré de celle-ci. La nuance est importante en ce qu'elle associe étroitement l'Etat défendeur à la détermination même de l'existence d'une discrimination. C'est donc une critique de trop grande déférence à l'égard des choix des législateurs nationaux que sa position pourrait susciter.

La marge de manœuvre reconnue aux Etats semble être particulièrement étendue dans certains domaines, tel celui de l'article 9 (liberté de pensée, conscience et religion)⁶⁴⁰. De façon générale, la Cour européenne estime que « *l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les*

⁶³⁸ *Kamasinski*, para. 100; *Rasmussen*, para. 40; *Abdulaziz*, para. 78; *Gillow*, para. 66; *Irlande/Royaume-Uni*, para. 229; *Sheffield*, para. 75; *Stubbings*, para. 72; *Petrovic*, para. 38; *Syndicat national de la police belge*, para. 47; *syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, para. 47; *Engel*, para. 72.

⁶³⁹ Comme l'écrivent E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 951 et 958, le contrôle positif, en vertu duquel l'Etat doit établir la proportionnalité de la mesure incriminée, se mue en un contrôle négatif, par lequel la requérante ou la Cour européenne se voient chargées de démontrer la non-proportionnalité de cette mesure.

⁶⁴⁰ *Manoussakis*, para. 44 : « Pour délimiter l'ampleur de la marge d'appréciation en l'espèce, la Cour doit tenir compte de l'enjeu, à savoir la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique »; *Cha'are*, para. 88, mais *contra* voy. l'opinion dissidente commune aux juges Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Pantiru, Levits et Traja. Dans le même sens, voy. également C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, OUP, 2000, p. 143. Cela semble également être vrai à propos de l'article 11 (droit d'association), voy. *Gorzelik*, para. 59 (« *the Contracting States must have a broad margin of appreciation because, given their knowledge of the country* », ...), ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1 (respect des biens), voy. *Papazoglou* (décision sur la recevabilité : « la Cour note qu'il incombait aux autorités nationales, disposant d'une grande marge d'appréciation en la matière, de décider quelle catégorie de retraités aurait droit à la prime litigieuse »).

domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard »⁶⁴¹. Il est à cet égard assez étonnant de constater que dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes la Cour européenne s'est prononcée à deux reprises pour reconnaître aux Etats une marge d'appréciation étendue.

L'interprétation de la notion de « victime » inscrite à l'article 34 de la Convention témoigne également de l'importance de la marge de manœuvre laissée aux Etats. Cette disposition prévoit que pour saisir la Cour européenne, le requérant doit être victime d'une violation des droits reconnus par la Convention. Selon sa jurisprudence constante, le fait qu'un Etat ait pris une décision favorable au requérant ne prive pas ce dernier de sa qualité de « victime », « sauf si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, *puis réparé, la violation de la Convention* »⁶⁴².

Dans l'affaire *Auerbach* (décision sur la recevabilité), le requérant se plaignait d'une violation de l'article 14 en combinaison avec l'article premier du Protocole n° 1 (droit de propriété), dans la mesure où la législation néerlandaise pénalisait plus, fiscalement, certains utilisateurs de voitures de sociétés que d'autres, selon le nombre de kilomètres effectués avec ces voitures à des fins privées. La discrimination avait été reconnue par les juridictions néerlandaises, mais celles-ci avaient estimé que pour remédier à la discrimination ainsi constatée, les autorités néerlandaises seraient dans l'obligation de créer une autre inégalité de traitement injustifiable à l'encontre des contribuables utilisant leur propre voiture pour se rendre à leur travail. La seule solution serait de ne plus appliquer la réglementation litigieuse, et le *Hoge Raad* considérerait qu'une telle conséquence serait disproportionnée⁶⁴³.

De manière étonnante la Cour européenne avalise cette conclusion : « *The Court further notes that one of the possibilities to remedy the unequal treatment could have been maintaining the additional 4% in the applicant's case and prescribing this additional 4% also in cases where no or only a limited private use of the car is made. This would not have changed the applicant's situation, but would have resulted in higher taxation for others* ». Sur base de cette analyse quelque peu curieuse, la Cour européenne conclut que, vu les circonstances particulières de cette affaire, et tenant compte de sa jurisprudence selon laquelle une constatation de la violation de l'article 14 peut, en elle-même,

⁶⁴¹ *Sunday Times*, para. 59 ; *Rasmussen*, para. 40 et *Petrovic*, para. 38.

⁶⁴² *Dalban*, para. 44

⁶⁴³ « *To abolish the 4% rule, as sought by the applicant, would have created a new inequality which would not only affect by far more persons, but which would also be much harder to justify in that, for persons living at least thirty kilometres from their work place, persons having a company car would be favoured over persons who did not. The only possible way of preventing this more extensive form of unequal treatment would have been to withdraw the measure altogether, thus completely losing sight of its important social objective* », argument du gouvernement néerlandais accepté par le *Hoge Raad*.

constituer une réparation adéquate, la solution adoptée par le *Hoge Raad*, qui a constaté la violation à l'article 14 dans le cas du requérant, a condamné l'Etat néerlandais à supporter les dépens de celui-ci et a enjoint les autorités néerlandaises à adopter une nouvelle législation, peut être considérée comme constituant une réparation adéquate ! En conséquence, la Cour européenne conclut que le requérant ne peut se prétendre être une victime au sens de l'article 34 de la Convention et déclare sa requête irrecevable.

Tant la décision elle-même que sa motivation peuvent paraître déconcertantes. Cette décision aboutit en pratique à un déni de justice pour les victimes de la violation de l'article 14 et leur fait supporter les conséquences des choix juridiques des Etats contraires à la Convention. Il convient enfin de noter que la Cour adopte sur ce point une position radicalement opposée à celle de la Cour de justice, selon laquelle, lorsqu'elle aboutit au constat d'une discrimination contraire au traité, « les membres du groupe défavorisé doivent être traités de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres intéressés, régime qui, à défaut de l'application correcte du droit communautaire, reste le seul système de référence valable »⁶⁴⁴.

De manière générale, l'arrêt *Fretté*, relatif au refus d'agrément à une adoption opposé à un célibataire homosexuel, illustre bien toute l'ambiguïté de l'approche de la Cour européenne.

Elle commence par constater (para. 41) « *qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique* ». Elle ajoute que dans la mesure où « *de manière générale le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat* ». Elle précise toutefois que « *pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention* »⁶⁴⁵.

Les juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens, dans leur opinion partiellement dissidente commune, reconnaissent eux aussi que « *la Cour n'a pas à se substituer au jugement (ni au jugement moral) des Etats dans un domaine qui fait d'ailleurs débat dans de nombreux pays du Conseil de l'Europe* ». Ils

⁶⁴⁴ Arrêt *Terhoeve*, point 57 et jurisprudence citée.

⁶⁴⁵ Dans un arrêt *Loflon v. Kearney* du 30 août 2001, une *District Court* de Floride aboutit à la même conclusion en estimant qu'un tel refus ne viole pas le droit à une protection égale prévue par le 14^e Amendement à la Constitution ; voy. *115 Harvard Law Review*, n° 4 (2002), pp. 1259 à 1266.

estiment toutefois que « *la référence dans le présent arrêt à l'absence de « dénominateur commun » dans les Etats contractants ou de « principes uniformes » quant à l'adoption par les homosexuels ouvrant la voie à une totale marge d'appréciation des Etats, nous paraît hors de propos* ».

Cette critique du para. 41 de l'arrêt de la Cour paraît fort sévère. D'une part, dans la lignée de sa jurisprudence constante, il semble au contraire que la Cour européenne se réserve, dans le para. 41, le pouvoir de sanctionner une appréciation de la part de l'Etat en cause qui serait arbitraire.

D'autre part, et ainsi que souligné *ci-dessus*, il ne semble pas qu'une autre conclusion pouvait être atteinte. Dès lors que la majorité, comme la minorité, acceptent qu'il n'appartient pas à la Cour de se substituer au jugement d'appréciation de l'Etat en ce qui concerne la possibilité d'octroyer ou de refuser à un célibataire homosexuel un agrément en vue d'une adoption, et que, par ailleurs, même la minorité n'affirme pas que l'appréciation faite par l'Etat était manifestement arbitraire, il ne pouvait être conclu qu'au constat de non-violation de l'article 14. Si l'on garde en outre à l'esprit que cette appréciation portait sur un domaine dont on pourrait contester qu'il relève du champ d'application matériel de la Convention, il me paraît que la conclusion adoptée par la majorité de la Cour est la plus raisonnable.

Il n'en demeure pas moins que cet arrêt expose de manière remarquable l'ambiguïté générale de la position de la Cour et les risques évidents qu'elle entraîne⁶⁴⁶. La Cour devrait réfléchir à une reformulation de son constat que les Etats disposent d'une certaine marge de manoeuvre dans l'application de l'article 14. La jurisprudence de la Cour de justice pourrait constituer un modèle dont elle pourrait s'inspirer⁶⁴⁷. Depuis longtemps maintenant, la Cour de justice a établi que lorsqu'elle doit statuer sur l'existence d'une discrimination elle exerce un contrôle juridictionnel plus ou moins étendu *suyant le pouvoir d'appréciation plus ou moins large des Etats membres (du Conseil) dans le domaine considéré*. L'intensité de ce contrôle juridictionnel sera inversement proportionnel à la grandeur du pouvoir d'appréciation dont elle reconnaît que les Etats membres (le Conseil) sont

⁶⁴⁶ J. Callewaert, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme ...*, p. 147, souligne qu'une majorité d'auteurs considèrent que l'usage qui en sera fait à l'avenir conditionnera dans une large mesure le devenir de la jurisprudence de la Cour européenne. Dans le même ouvrage, M. de Salvia, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la *marge d'appréciation* ? », pp. 373 et 385 évoque à cet égard la nécessité pour la Cour européenne de se débarrasser du « lincoln vaporeux » qu'est devenu le concept de marge d'appréciation. *Contra* F. Matscher, « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », pp. 881 et 890, ancien juge à la Cour européenne, qui, dans le même ouvrage, voit dans la marge d'appréciation laissée aux Etats l'expression d'un « sage réalisme » de la part de la Cour européenne.

⁶⁴⁷ L'approche différenciée selon la matière, pratiquée par la Cour de justice me semble pouvoir, sur ce point, constituer une source d'inspiration pour la Cour européenne même si, ainsi que rappelé *ci-dessus*, elle a eu tendance depuis le début des années nonante à purement et simplement substituer son appréciation subjective à celle du législateur sans, de plus en plus souvent, placer cette appréciation dans le cadre plus général d'un contrôle juridique du respect du principe de non-discrimination. Trop fréquemment en effet, l'examen de la

investis. Ainsi, dans le domaine de la PAC, elle ne s'autorise de censurer que le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée par rapport à l'objectif que les Etats membres (le Conseil) entendent poursuivre⁶⁴⁸. A l'inverse, son contrôle sera particulièrement rigoureux dans le domaine de la libre circulation des travailleurs qui constitue l'une des quatre libertés fondamentales et consubstantielles de la Communauté européenne.

De la même manière, la Cour européenne devrait affirmer de manière plus claire qu'elle est prête à exercer un contrôle plus intensif sur les appréciations faites par les Etats dans des domaines tombant indiscutablement dans le champ d'application de la Convention, substituant de la sorte son appréciation de l'existence d'une discrimination à celle des Etats, et s'autoriser dès lors à ne pas sanctionner que les seules appréciations arbitraires des Etats. De la même manière, elle pourrait affirmer que l'intensivité de son contrôle dépendra aussi de la liberté concernée, le caractère fondamental de tous les droits et libertés garantis par la Convention n'étant pas identique. En revanche, la Cour européenne pourrait préciser de manière plus explicite que son contrôle juridictionnel de l'application de l'article 14 sera limité à la seule censure des appréciations manifestement inappropriées des Etats dans les domaines non visés expressément par la Convention ou ses Protocoles additionnels, comme c'est le cas de l'adoption par une personne célibataire, ou « faisant débat » dans les différents Etats⁶⁴⁹.

Une telle approche ne permettra sans doute pas de supprimer toute l'ambiguïté de la démarche de la Cour européenne, mais elle permettrait peut-être d'asseoir plus fermement son raisonnement juridique⁶⁵⁰.

Il peut être relevé que les *critères* donnés par la Cour européenne pour apprécier la marge d'appréciation des Etats n'ont pas été développés, originellement, dans l'article 14, mais bien dans l'article 10 (liberté d'expression) et spécifiquement dans ses arrêts *Handyside* et *Sunday Times*. Dans ce dernier, la Cour européenne exerçant son contrôle sur la marge d'appréciation de l'Etat défendeur pour déterminer si la mesure contestée était « nécessaire dans une société démocratique », formule

proportionnalité des mesures adoptées par un Etat membre tend à remplacer purement et simplement le contrôle juridique de l'interdiction des discriminations ; voy. *supra*.

⁶⁴⁸ Sur cette jurisprudence, voy. D. Martin, «Discriminations ...», p. 269, texte sous la note (33).

⁶⁴⁹ Dans son commentaire de l'arrêt *Fretté*, P. Martens se pose la même question : « Aussi haut placés soient-ils, des juges ont-ils une légitimité suffisante pour tracer la frontière des comportements sexuellement admissibles ? ».

⁶⁵⁰ Il est clair que cette démarche supposerait également que la Cour européenne accepte, dans une certaine mesure, une « hiérarchisation » des motifs de discrimination. Ainsi, dans l'affaire *Fretté*, il me paraît évident que la Cour européenne aurait atteint une conclusion radicalement opposée si le critère de distinction avait été la race, dont la prohibition repose sur un consensus indiscutable, et non l'orientation sexuelle. Ce faisant, la Cour européenne ne se distinguerait pas de l'approche suivie par la Cour suprême US, dans l'interprétation du 14^e Amendement, à l'égard duquel elle applique un *test review* plus ou moins strict selon le critère de différenciation

quelques remarques très intéressantes sur l'intensité du contrôle qu'elle entend faire de la marge d'appréciation des Etats : « Le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 § 2 (...). L'affaire *Handyside* concernait la « protection de la morale ». L'idée que les Etats contractants « se font des exigences de cette dernière », a constaté la Cour, « varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque », et « les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences » (...). *A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond (...) un contrôle européen plus étendu* ». Cette dernière remarque est certainement transposable à l'approche que devrait retenir plus souvent la Cour européenne dans l'article 14⁶⁵¹.

§ 3 – Les faiblesses de l'article 14

I – Preuve d'une discrimination au-delà de tout doute raisonnable

Même lorsqu'elle considère que la plainte d'un requérant est fondée sur des arguments sérieux que l'Etat défendeur n'est pas parvenu à contrer par des explications plausibles, la Cour européenne ne conclut pas nécessairement à un constat de violation de l'article 14. Elle exige, en outre, que le grief de discrimination soit prouvé « au-delà de tout doute raisonnable »⁶⁵². Associée à la large marge de manœuvre reconnue aux Etats, cette exigence semble encore réduire la portée pratique de l'invocation d'une violation de l'article 14⁶⁵³.

Le raisonnement tenu dans l'affaire *Jordan* illustre ce constat. Dans celle-ci, le requérant alléguait que le meurtre de son fils en Irlande du nord par les forces de sécurité dénotait une discrimination. Il invoquait à cet égard le fait que, entre 1969 et 1994, l'écrasante majorité des 357 personnes tuées par les membres des forces de sécurité étaient de jeunes hommes appartenant à la communauté catholique. Eu égard au fait additionnel que peu de poursuites pénales avaient été menées pour ces meurtres (trente et une) et que celles-ci n'avaient abouti qu'à quatre condamnations, il prétendait qu'il y avait usage discriminatoire de la force et un manque de protection juridique fondé sur l'appartenance à une minorité nationale. La Cour européenne affirme tout d'abord (para. 154) que « *lorsqu'une politique générale a des effets disproportionnés au détriment d'un groupe particulier, il ne peut être exclu qu'elle puisse être regardée comme discriminatoire nonobstant le fait qu'elle ne vise pas*

(voy. *infra*). En outre, même la Cour européenne a déjà admis que, au moins en théorie, tous les critères de l'article 14 ne sont pas égaux (voy. *ci-dessous*).

⁶⁵¹ Si, par exemple, au para. 59 de *Rasmussen*, la Cour européenne applique *mutatis mutandis* la conclusion de l'arrêt *Sunday Times*, la jurisprudence mentionnée *ci-dessus* illustre que tel est encore trop peu souvent le cas.

⁶⁵² *Velikova*, para.94.

⁶⁵³ Comme l'a souligné D. Rosenberg, « L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 1017 et 1025, l'observateur ne peut manquer d'éprouver un certain sentiment de frustration lorsqu'il fait le constat du complet décalage entre l'accumulation d'éléments laissant présumer des pratiques discriminatoires et les conclusions que la Cour européenne en tire.

spécifiquement ce groupe »⁶⁵⁴. La Cour européenne refuse toutefois de conclure à l'existence d'une discrimination en l'espèce, au motif que le requérant n'a pas fourni de preuve lui permettant de juger que ces meurtres, sauf les quatre ayant mené à des condamnations, incluaient un usage illégal ou excessif de la force par les membres des forces de sécurité. Dans des circonstances telles celles prévalant en Irlande du nord, faire reposer intégralement la charge de la preuve sur le requérant en présence de statistiques réellement⁶⁵⁵ peu contestables, ne peut avoir pour résultat qu'une réduction drastique, et en tout cas excessive, de l'effet utile de l'article 14⁶⁵⁶.

II – Absence de protection contre les discriminations de faible importance

En droit communautaire, il résulte d'une jurisprudence constante dans le domaine de la libre circulation, des personnes comme des marchandises, que l'interdiction de discrimination s'étend même aux infractions ayant des conséquences mineures⁶⁵⁷. Tel n'est pas le cas, semble-t-il, dans la CEDH.

Dans l'affaire *Cha'are*, la Cour européenne juge par exemple (para. 87) qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 notamment au motif « que la différence qui en est résultée est de faible portée ». A deux reprises, ce même point de vue a été défendu par le juge Matscher dans une opinion dissidente⁶⁵⁸. Tout d'abord dans l'arrêt *Marckx*, il déclarait : « *je ne crois pas que tout traitement différentiel relatif à une*

⁶⁵⁴ « *Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group* » ; voy. également *McShane*, para. 135. Il convient de noter que cette affirmation contient toutefois un élément positif, puisque la Cour européenne semble y admettre qu'une mesure d'apparence neutre pourrait être jugée discriminatoire si elle a un impact disproportionné, prouvé, sur les membres d'un groupe particulier. O. de Schutter, « The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law – Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives », *European Commission*, 2005, p. 16, a toutefois raison de souligner que la Cour européenne a refusé, jusqu'à présent, d'incorporer, de manière explicite, dans sa jurisprudence la théorie du *disparate impact* (discrimination indirecte par la suite d'un effet disproportionné), appliquée par la Cour suprême US dans le cadre de son interprétation du 14^e Amendement (voy. chap. II). Il en déduit que ce scepticisme de la Cour européenne illustre son attachement à l'idée que la discrimination prohibée doit être intentionnelle ou, à tout le moins, être suffisamment explicite. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que la Cour suprême US elle-même a subordonné l'application de cette théorie au rapport de la preuve d'une intention discriminatoire (arrêt *Washington v. Davis* – voy. *infra*).

⁶⁵⁵ Même si leur exactitude était contestée pour le principe par le Royaume-Uni. Par la formulation utilisée dans l'arrêt *McShane*, la Cour européenne semble même se montrer encore plus restrictive en affirmant que même si les statistiques montrent effectivement que la majorité des personnes tuées par les forces de police appartenaient à la communauté catholique, elle ne considère pas que des statistiques puissent, en elles-mêmes, démontrer une pratique discriminatoire au sens de l'article 14 (para. 135). Voy. également *McKerr*, para. 165.

⁶⁵⁶ Il est intéressant de relever que dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes en droit communautaire, la Cour de justice, en présence de statistiques permettant de présumer une « apparence de discrimination » transfère la charge de la preuve de l'absence de discrimination réelle sur l'Etat défendeur, car, comme elle l'indique, un tel déplacement de la charge de la preuve s'avère indispensable pour ne pas priver les travailleurs victimes d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité ; voy. arrêts *Enderby*, points 13 et 14 ; *Royal Copenhagen*, point 24 et *Danfoss*, points 12 et 13.

⁶⁵⁷ Arrêt *Commission/France* (« code du travail maritime »).

⁶⁵⁸ Dans le même sens, voy. également l'opinion dissidente commune des juges Petiti et Valticos dans *Burghartz*.

matière de droits fondamentaux, même si à nos yeux il manque de justification objective et raisonnable (c'est-à-dire quand nous n'en voyons pas la nécessité), mais qui, d'autre part, ne porte aucune atteinte réelle à un droit que la Convention veut protéger, constitue, par lui seul, une discrimination au sens de l'article 14 ». Ensuite, dans l'arrêt *Dudgeon*, il affirmait également : « *certes, il y a des situations extrêmes où une différenciation existante est tellement minime qu'elle ne porte aucune atteinte réelle, physique ou morale, aux personnes en cause. Dans cela, on ne saurait apercevoir aucune discrimination au sens de l'article 14* ».

Toutefois, dans ce dernier arrêt, il affirmait également : « *même si, parfois, il serait malaisé de fournir une explication objective et rationnelle de cette différenciation* ». Cette précision est intéressante : ce que la Cour européenne peut, subjectivement, estimer « de faible portée » peut au contraire revêtir, objectivement ou subjectivement, une importance plus grande pour le requérant. L'appréciation subjective de la Cour européenne de la portée de la discrimination doit-elle l'emporter dans ce cas sur celle du plaignant ? Il me paraît que non, mais en outre accepter le contraire revient, juridiquement, à tolérer, sur base d'une appréciation exclusivement subjective, une discrimination objective juridiquement constatée⁶⁵⁹.

Une illustration du caractère discutable de l'attitude de la Cour européenne est fournie par l'arrêt *Waite*. Dans celui-ci, un jeune britannique purgeant une peine de prison fit l'objet d'une libération conditionnelle. Celle-ci fut par la suite révoquée au motif qu'il consommait des substances illicites, avait une relation sexuelle avec un mineur, ne maintenait pas le contact avec son agent de probation et avait tenté de se suicider. Devant la Cour européenne, l'intéressé faisait notamment valoir une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. En effet, selon la législation britannique alors en vigueur, l'âge du consentement pour les actes homosexuels entre hommes consentants était de dix-huit ans, alors que celui pour les relations hétérosexuelles était de seize ans ; or, il entretenait une relation homosexuelle avec un adolescent de 16 ans. Cette législation était manifestement contraire à l'article 14, ainsi que le Royaume-Uni l'avait d'ailleurs reconnu dans l'affaire *Sutherland* de 2001. La Cour estime néanmoins que l'on ne peut pas nécessairement en conclure qu'une relation du requérant avec une jeune fille de seize ans n'aurait pas préoccupé le service de probation (para. 80). Elle ajoute que, bien que la relation en question fut invoquée dans les rapports, ce sont l'arrestation du requérant pour des infractions à la législation sur les stupéfiants et le fait que celui-ci n'ait pas maintenu le contact avec son agent de probation qui sont essentiellement à la base de la décision des autorités. La Cour estime dès lors que la relation en cause ne saurait passer pour avoir joué un rôle déterminant dans la réintégration en prison de l'intéressé (para. 80). Elle en conclut qu'il n'a pas été établi que l'intéressé

⁶⁵⁹ Cette critique doit être distinguée de celle que l'attitude générale de la Cour suprême du Canada peut inspirer en estimant que « le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur » ; arrêt *Law*, voy. *infra*.

ait fait l'objet d'une différence de traitement dans la jouissance de ses droits en raison de son orientation sexuelle. Bien que la réglementation britannique soit, en partie, manifestement, et objectivement, discriminatoire, la Cour européenne la valide néanmoins sans réserve.

Lorsqu'il entrera en vigueur, le Protocole n° 14 diminuera encore la protection contre les discriminations jugées de faible importance. Ce Protocole introduit en effet un nouveau paragraphe 3 à l'article 35, qui dispose qu'une requête sera jugée irrecevable si le requérant « n'a subi aucun préjudice *important* ».

III – Absence de protection pour les groupes défavorisés

L'article 14 de la Convention dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus par elle doit être assurée sans distinction aucune. Il semble pourtant qu'il soit dénué de tout effet utile pour certains groupes de personnes⁶⁶⁰.

Ainsi, la Cour européenne a refusé, dans *toutes* les affaires qui lui ont été soumises, d'examiner sérieusement, et *a fortiori* de reconnaître fondé, le grief de discrimination fondée sur l'origine ethnique invoqué par des *Kurdes*. Soit elle a appliqué sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle dès lors qu'elle a constaté la violation d'une disposition spécifique, il n'y a plus lieu d'examiner un grief tiré de l'article 14⁶⁶¹, soit elle a tout simplement rejeté, sans examen, ce grief⁶⁶² l'estimant « insuffisamment motivé »⁶⁶³ ou « non fondé *ou* manifestement mal fondé »⁶⁶⁴, en déclarant que « rien

⁶⁶⁰ D. Rosenberg parle de la « traditionnelle frilosité de la Cour en matière de reconnaissance des discriminations affectant les membres de minorités nationales ou ethniques » (p.1024) et de la « durable timidité de la jurisprudence, source croissante d'incompréhension » (« Enfin ... le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie (arrêt *Nachavo et autres c. Bulgarie* du 26 février 2004) », *Rev. trim.dr.h.*, 2005, p. 175). J.-M. Larralde (p. 1248) rappelle quant à lui que la Convention a « clairement été créée sous l'influence d'une conception individualiste des droits de l'homme ».

⁶⁶¹ *Cicek*, para. 73 ; ce faisant, la Cour européenne estime donc que l'inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question ne constitue pas un aspect fondamental de l'affaire (voir jurisprudence *Airey, Dudgeon, X&Y/Pays-Bas*) ; *Orak*, para. 100 et 101 (sur le droit à la vie et à la protection contre les traitements inhumains) ; *Yazar (HEP)*, para. 62 (sur le droit à la liberté d'association – dissolution d'un parti politique) ; *Yakar* (décision sur la recevabilité – sur le droit à la vie) ; *Selim Sadak*, para. 47 (déchéance d'un mandat parlementaire suite à la dissolution d'un parti politique) ; *Orhan* (sur le droit à la vie et à la protection contre les traitements inhumains, le droit au respect de la vie privée et familiale et sur le droit à la protection de la propriété) ; *Ekinci*, para. 163 (sur le droit à la vie) ; *Kalin*, para. 41 ; *Akkum*, para. 271 (sur le droit à la vie).

⁶⁶² *Matyar*, para. 148 (destruction de la maison et des biens du requérant) ; *Tepe*, para. 202 (absence d'enquête suite à l'assassinat du fils du requérant) ; *Yöyler*, para. 100 ; *Ipek* (disparition du fils du requérant et destruction de ses biens), para. 213 ; *Yesilgöz* (décision d'irrecevabilité) ; *Zana* (décision sur la recevabilité).

⁶⁶³ *Bilgin*, para. 129 (destruction de la maison et des biens du requérant) ; *Sadak*, para. 184 (disparition forcée des enfants de la requérante) ; *Tanli*, para. 177 (mort du fils du requérant en prison et absence de registre adéquat relatif à l'emprisonnement de celui-ci et d'enquête suite à sa mort). Pourtant, dans ce cas-ci, la Cour européenne admet elle-même que le requérant s'appuyait sur des « preuves substantielles », émanant notamment d'agences de l'ONU et d'ONG, relatives au traitement illégal des Kurdes dans le sud-est de la Turquie ; *Önen*, para. 108 (destruction de l'habitation familiale, meurtre du frère et des parents de la requérante et absence d'enquête sur ces événements) ; *Gümüş* (décision sur la recevabilité) ; *M.K.*, para. 64 (exécution extrajudiciaire du frère du requérant).

ne porte à croire » que les restrictions apportées à la liberté d'expression des requérants peuvent être attribuées à une différence de traitement fondée sur leur origine ethnique »⁶⁶⁵, en ne voyant dans la législation turque incriminée « aucun élément de nature à conclure à l'existence d'une discrimination »⁶⁶⁶ ou en affirmant qu'elle « ne peut trouver » que la torture ayant conduit à la mort de l'intéressé était liée à son origine ethnique⁶⁶⁷.

La charge de la preuve que la Cour européenne fait reposer sur les requérants est donc beaucoup plus sévère que celle envisagée par la directive 2000/43 en droit communautaire, puisque celle-ci impose un aménagement de la charge de la preuve lorsqu'une victime est en mesure d'établir une présomption de discrimination fondée sur l'origine ethnique.

⁶⁶⁴ *Söylemez* (décision sur la recevabilité), para. 8 ; *Öztürk* (décision sur la recevabilité) ; *Tekdag* (para. 103) ; *Şen* (n°2), para. 198 ; *Buldan*, para. 109 ; *Altun*, para. 79 ; *İkincisoğlu*, para. 118 ; *Yılmaz*, para. 100 ; *Arac* (décision d'irrecevabilité) ; *Yaman* (para. 88) ; *Özcan* (décision sur la recevabilité) ; *Tepe*, para. 89 ; *Menteşe* (para. 90)

⁶⁶⁵ *Aksoy*, para. 83 ; *Gündem*, para. 75. Bien qu'il puisse être argué que la position de M. McLaughlin, « Crystal or Glass ? A review of *Dudgeon v. United Kingdom* on the Fifteenth Anniversary of the Decision », 3 *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 1996, para. 106, est exagérée quand il affirme que la Cour européenne éprouve, de manière générale, une « aversion » à examiner les affaires qui lui sont soumises sous l'angle de l'article 14, il n'en demeure pas moins que son refus d'examiner l'article 14 quand une violation de cette disposition est invoquée par les Kurdes suscite un réel malaise.

⁶⁶⁶ *Gerger*, para. 69 ; *Keskin* (décision d'irrecevabilité). Ces deux arrêts semblent particulièrement caractéristiques de l'attitude de la Cour sur cette question. Dans les deux cas, les requérants se plaignaient de ce que, selon la législation turque en cause, la durée minimale que doit purger une personne condamnée pour avoir commis une infraction prévue par la loi sur la lutte contre le terrorisme est de trois quarts de la peine, alors qu'elle n'est que de deux cinquièmes, dans certains cas, pour les personnes ayant commis un délit de droit commun. La Cour « déduit que la distinction litigieuse ne s'applique pas à différents groupes de personnes mais à différents types d'infractions, selon la gravité que leur reconnaît le législateur ». Il convient pourtant de noter que, dans les deux cas, l'infraction reprochée aux requérants consistait à avoir adressé au comité d'organisation d'une cérémonie en l'honneur de militants d'extrême gauche condamnés à la peine capitale dans les années septante, un message qualifié par le procureur général près la cour de sûreté de l'Etat de « propagande contre l'unité de la nation turque et l'intégrité territoriale de l'Etat » (*Gerger*) ou d'avoir donné un interview publié dans une revue turque dans lequel elle « qualifiait de Kurdistan une certaine partie du territoire turc, et de Kurdes une certaine population vivant dans une région déterminée » (*Keskin*). Pour ces « actes », ils furent condamnés respectivement à un an et huit mois d'emprisonnement et un an d'emprisonnement. Même si elle a conclu à une violation de l'article 10 (liberté d'expression – *xx pas encore décidé dans keskin*), la superficialité de l'approche de la Cour au titre de l'article 14 peut laisser perplexe. O.M. Anardottir, pp. 130-131, explique cette attitude par la volonté supposée de la Cour européenne d'accorder la plus grande marge de manœuvre aux états lorsqu'il s'agit de classifications législatives, mais admet que, même à cette aune, la décision dans *Gerger* témoigne d'une attitude particulièrement indulgente. Voy. également *mutatis mutandis Toktas* (décision d'irrecevabilité, para. 3), *Halis* (décision d'irrecevabilité), *Demir* (décision d'irrecevabilité), *Sarikaya* (décision d'irrecevabilité), *Kilic* (décision d'irrecevabilité), *Hocaogullari* (décision d'irrecevabilité), *Zarakolu* (décision d'irrecevabilité), *Güler* (décision d'irrecevabilité), *Kücükaslan* (décision d'irrecevabilité), *Dertli*, para. 44, *Bastimar* (décision d'irrecevabilité), *Koçak*, (décision d'irrecevabilité, para. 4), *Hatun* (décision sur recevabilité, point 2), *Kepenekioglu* (décision d'irrecevabilité) ; *Akar* (décision d'irrecevabilité). Voy. aussi G. Gilbert, « The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2002, pp. 736 et 748, lequel constate également que cette jurisprudence ignore l'impact de ces lois sur la communauté kurde et estime en conséquence que la Cour européenne aurait dû examiner si elles ne créaient pas une discrimination indirecte à l'encontre de cette communauté. Voy. également texte sous note xx.(où je traite de McShane)

⁶⁶⁷ *Aktaş*, para. 338. Dans cette affaire, le plaignant alléguait qu'il n'existait aucune autre raison plausible à la torture ayant conduit au décès de son frère que son origine ethnique kurde.

Jusqu'en 2004, le même sort fut réservé aux plaintes émanant de *Tsiganes*⁶⁶⁸. Soit elle a considéré tout simplement « qu'il ne semble pas »⁶⁶⁹ que la requérante ait fait l'objet d'une discrimination fondée sur son origine ethnique ou qu'elle « ne décelait aucune apparence de discrimination »⁶⁷⁰, ou elle a jugé que, eu égard « à sa conclusion sous l'angle de l'article 8 de la Convention, selon laquelle l'ingérence dans les droits de la requérante était proportionnée au but légitime »⁶⁷¹, la mesure prise à l'encontre de la requérante était objective et raisonnable, et donc non discriminatoire, ou elle a encore estimé que la requérante n'avait pas établi la preuve d'une « pratique administrative » discriminatoire au détriment des Tsiganes⁶⁷², soit encore elle a jugé qu'elle n'était pas persuadée que la réglementation en cause avait été adoptée avec une intention discriminatoire ou qu'elle avait un effet discriminatoire⁶⁷³.

Selon Fl. Benoît-Rohmer, l'attitude frileuse de la Cour européenne pourrait, partiellement, s'expliquer par des raisons historiques. Originellement, la Convention privilégiait les droits des individus au détriment des droits des groupes auxquels ils appartenaient⁶⁷⁴. Selon cet auteur, l'arrêt *Chapman* a marqué une première avancée vers la reconnaissance des droits des membres de groupes particuliers dans la mesure où la Cour européenne y soutient que le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile impose de reconnaître aux membres d'une minorité le droit d'avoir un mode de vie traditionnel⁶⁷⁵.

La critique la plus virulente formulée à l'encontre de cette attitude frileuse de la Cour européenne l'a peut-être été par le juge Bonello dans l'affaire *Angelova*. Dans cette affaire, la requérante, ressortissante bulgare d'origine tsigane, alléguait que son fils était décédé après avoir été maltraité par des policiers bulgares, que la police n'avait pas dispensé de soins médicaux adéquats à son fils pour

⁶⁶⁸ Il faut toutefois noter que la Cour européenne semble plus encline à accepter la recevabilité du grief dans leur cas, même si, ultérieurement sur le fond, elle n'a encore abouti à un constat de violation de l'article 14 que dans une seule affaire. xx

⁶⁶⁹ *Buckley*, para. 89, mais voir également l'opinion dissidente du juge Petiti.

⁶⁷⁰ *Sroub* (décision sur la recevabilité) ; *Novotny* (décision sur la recevabilité).

⁶⁷¹ *Chapman*, para. 129, mais voir également l'opinion dissidente commune des juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall ; *Coster*, para. 141.

⁶⁷² *Chypre/Turquie*, para. 353, mais voir également l'opinion dissidente du juge Costa.

⁶⁷³ *The Gypsy Council* (décision sur la recevabilité).

⁶⁷⁴ « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire ; une avancée décisive sur le plan des principes (en marge de l'arrêt *Chapman*) », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 999. L'auteur rappelle qu'en 1978 la Commission européenne des droits de l'homme s'était déjà prononcée en ce sens : « la Convention ne reconnaît pas de droits aux minorités ».

Dans *Gorzelik* (arrêt de la Grande Chambre), la Cour européenne déclara, s'agissant de la définition de « minorité nationale » qu'il serait très difficile de définir cette notion. Se basant sur le fait qu'une telle définition fait défaut même dans les traités internationaux et que la pratique des Etats sur la reconnaissance officielle de minorités nationales ou ethniques au sein de leur population varie, elle ajouta que le choix quant aux modalités d'une telle reconnaissance et le point de savoir si elle doit se concrétiser dans des traités internationaux ou dans la Constitution nationale « doivent, par la force des choses, être dans une large mesure laissée à l'Etat concerné, puisqu'ils dépendent du contexte national considéré » (point 67).

ses blessures et que les autorités n'avaient pas mené d'enquête effective. La Cour européenne conclut à une violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) de la Convention. En revanche, s'agissant de l'article 14, elle estime (para. 168) que bien que la plainte de la requérante soit basée sur des arguments sérieux⁶⁷⁵, il n'a pas été établi, au-delà de tout doute raisonnable, que le traitement subi par son fils soit motivé par une attitude discriminatoire fondée sur son origine ethnique.

Dans son opinion dissidente, le juge Bonello fustige cette attitude de la Cour européenne en termes très clairs: « *Je trouve particulièrement perturbant que la Cour, en cinquante ans et plus de travail judiciaire opiniâtre, n'ait pas encore trouvé à ce jour un seul exemple de violation du droit à la vie (article 2) ou du droit de ne pas subir de tortures ou d'autres traitements ou peines inhumains ou dégradants (article 3) fondée sur la race, la couleur ou le lieu d'origine de la victime [...]. L'Europe que reflète la jurisprudence de la Cour est un havre exemplaire de fraternité ethnique, dans lequel des peuples aux origines les plus diverses fusionnent sans aucune tension, méfiance ou réticence. La présente affaire ne fait qu'alimenter cette illusion* ».

Il convient dès lors de noter avec intérêt qu'en 2004, dans l'affaire *Nachova*, la Cour européenne a, pour la première fois, admis de conclure à une violation de l'article 14, combiné avec les articles 2 et 3, en raison de l'absence d'enquête sur le point de savoir si des attitudes discriminatoires ont joué un rôle dans la fusillade ayant entraîné la mort du petit-fils de l'une des requérantes, et en raison du décès en soi. A cet égard, la Cour européenne a noté explicitement que ce n'était pas la première fois qu'un recours contre la Bulgarie était entamé en raison de l'attitude violente de la force publique à l'encontre des Tsiganes. Il pourrait toutefois être noté qu'un même argument aurait déjà pu être utilisé depuis longtemps s'agissant des Kurdes en Turquie, mais qu'il ne l'a jamais été. (*il y a eu renvoi grande chambre en juillet 2004 xxx*)

Même si elle a, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, refusé de vérifier l'existence d'une violation éventuelle de l'article 14, la Cour européenne a par ailleurs conclu, également en 2004, à une violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) dans l'affaire *Connors*. S'écartant de sa jurisprudence antérieure (arrêts *Chapman* et *Buckley*), elle considère dans son arrêt que la vulnérabilité qui est celle des Tsiganes du fait qu'ils constituent une minorité implique qu'il faut accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leurs style de vie particulier, de sorte qu'il pèse, en l'occurrence sur le Royaume-Uni, l'obligation positive de faciliter le mode de vie tsigane. Cet arrêt

⁶⁷⁵ P. 1003-1004 ; cet optimisme paraît quelque peu exagéré, et en toute hypothèse, il ne s'est concrétisé en aucune manière pour les membres de la minorité kurde.

⁶⁷⁶ Elle arguait notamment que les policiers mentionnaient le fils de la requérante, même dans leurs déclarations officielles, comme « le Tsigane ». Elle mentionnait également le contexte plus général, étayé par de nombreux

semble donc signaler une amorce vers une approche plus favorable à la reconnaissance des droits de la minorité ethnique que forment les Tsiganes, liés à leur mode de vie particulier. La Cour européenne semble toutefois vouloir concrétiser cette approche plus favorable⁶⁷⁷ par le biais d'une protection accrue de leur droit au respect à la vie privée et familiale⁶⁷⁸ plutôt que par celui du constat d'une discrimination pratiquée à leur encontre⁶⁷⁹.

La jurisprudence *Nachova* et l'opinion dissidente du juge Bonello dans l'affaire *Anguelova* ont également incité les juges Loucaides et Mularoni à émettre, en 2004, des opinions dissidentes dans l'affaire *Ihlan*. Dans celles-ci, ces deux juges arguent, pour la première fois, que le standard de preuve requis par la Cour européenne à l'égard des allégations de discrimination raciale avancées par des *Kurdes* est trop restrictif, particulièrement dans un domaine – destruction des biens des requérants et expulsion d'un village – ayant déjà fait l'objet de très nombreuses plaintes et alors même qu'aucune raison plausible autre que l'origine ethnique des victimes ne peut raisonnablement expliquer le comportement des forces de sécurité.

Section 2 – L'approche casuistique de la Cour européenne

Les solutions auxquelles la Cour européenne parvient dans ses arrêts s'appuient généralement sur des raisonnements plus construits que ceux de la Cour de justice. La Cour européenne a en effet dégagé un ensemble de principes devant régir son intervention et qu'elle rappelle fréquemment en guise d'introduction à son raisonnement dans le cas d'espèce. Une analyse de sa jurisprudence montre toutefois que son approche est très souvent influencée par les faits particuliers de l'affaire et par la volonté qu'a une majorité de ses membres d'aboutir à une conclusion spécifique, laquelle semble parfois difficilement conciliable avec les principes généraux qu'elle s'est elle-même fixés.

Ce décalage entre principes théoriques et concrétisations pratiques se rencontre dans toutes les étapes de son raisonnement (§ 1), mais plus particulièrement dans la hiérarchisation des différents motifs prohibés de discrimination (§ 2). Ce décalage est par ailleurs parfois dû à l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice (§ 3).

documents émanant d'organisations de défense des droits de l'homme, d'hostilité et de racisme systématique de la police à l'égard des Tsiganes.

⁶⁷⁷ Il n'est toutefois pas exclu que son attitude ait pu être guidée par les circonstances de l'espèce, et notamment le fait que le plaignant et sa famille, comprenant également un enfant en bas-âge, avaient vécu près de quinze ans sur le site en cause avant que les autorités locales les expulsent.

⁶⁷⁸ La Cour européenne insiste toutefois (para. 82) sur le fait que les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation dans le domaine de l'aménagement foncier.

⁶⁷⁹ L'arrêt *Balogh*, également de 2004, semble renforcer cette conclusion, la Cour européenne y concluant à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements dégradants), mais appliquant également sa jurisprudence constante avant *Nachova*, consistant à affirmer que le grief de discrimination fondée sur l'origine ethnique du plaignant est dénué de fondement (para. 79).

§ 1 – Les étapes du raisonnement

Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Ce qui frappe à la lecture de cette « définition », c'est l'insistance portée sur la justification éventuelle de la différence de traitement et les conditions que la cause de justification doit remplir pour être acceptable, et, en même temps, l'absence totale de mention du fait que l'examen d'une éventuelle discrimination n'a de sens, et ne peut intervenir, qu'en présence de situations comparables.

I – Comparabilité des situations et justification d'une différence de traitement

Il est toutefois vrai que la Cour européenne n'a pas négligé cette question dans la pratique, même s'il peut être argué que son examen de cette question est très souvent sommaire, voire lapidaire.

1) Comparabilité des situations ...

Comme la Cour européenne l'a rappelé notamment dans les arrêts *Fredin I* (para. 61) et *Spadea* (para. 45), « un grief tiré (de la violation de l'article 14) ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées »^{680 681}.

La Cour européenne est néanmoins assez peu souvent appelée à se prononcer sur le caractère comparable de la situation de la victime et de celle dont elle revendique le traitement préférentiel⁶⁸².

⁶⁸⁰ Ou si un traitement identique a été réservé à des personnes se trouvant dans des situations différentes, voy. *Thlimmenos*, para. 44. Curieusement, une partie de la doctrine semble voir dans cet arrêt une prise de position de la Cour européenne en faveur des actions positives, voy. par exemple J. Bougrab, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *AJDA*, 2003, pp. 1640 et 1644, F. Sudre, *J.C.P. G* 2001, Chron., I, 291 et 294 et O.M. Anardottir, p. 102. Le Président de la Cour européenne, L. Wildhaber, semble y déceler une même attitude (« Protection against... », p. 8). Voy. également dans le même sens la décision du Comité européen des droits sociaux, décision n° 13/2002, *Autisme Europe c. France*, para. 52, alors que cet arrêt ne semble pourtant que consacrer « l'aspect inverse » de la forme traditionnelle de discrimination prohibée, A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 2001, p. 618 et R. Hernu, pp. 290 et 291.

⁶⁸¹ Et comme en droit communautaire, la question de la comparabilité des situations est la première, chronologiquement, à devoir être abordée. Il semble que certaines juridictions nationales oublient la nécessité de respecter strictement l'enchaînement logique des étapes du raisonnement. Ainsi, la House of Lords britannique subdivise son raisonnement sur l'application de l'article 14 en cinq étapes, et n'examine cette question que lors de la quatrième étape, après avoir déjà examiné s'il y a une différence de traitement et que celle-ci est fondée sur un motif tiré de l'article 14, voy. *Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police, ex parte Marper (FC)*, opinion de Lord Steyn, para. 42. Mais la Cour européenne elle-même adopte parfois une attitude surprenante quant à l'ordre des étapes du raisonnement à suivre. Ainsi, dans *Sidabras*, elle estime qu'il convient, d'abord, de vérifier l'existence d'une différence de traitement entre les plaignants et le groupe auquel il se compare, avant de vérifier ... si les faits de l'espèce relèvent bien du champ d'application matériel de la Convention.

⁶⁸² S. Livingston, « Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 25 et 30.

Dans ces cas-là, et quoique son examen soit plutôt sommaire⁶⁸³, il peut être affirmé que la Cour européenne applique correctement cet examen de comparabilité⁶⁸⁴ ou d'absence de comparabilité⁶⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que dans certains cas son analyse fut contestée par certains de ses membres⁶⁸⁶ ou apparaît contestable.

Ainsi, dans l'affaire *Johnston*, les requérants se plaignaient de l'absence, en Irlande, de textes permettant le divorce de ressortissants irlandais résidant en Irlande, alors que le droit irlandais n'interdisait pas aux tribunaux irlandais de reconnaître, en vertu des principes généraux du droit international privé irlandais, certains jugements de divorce rendus à l'étranger, même au profit de ressortissants irlandais, dès lors que les conjoints avaient tous les deux leur domicile à l'étranger. Sans donner la moindre explication à la solution retenue, la Cour européenne affirme (para. 60) que « *à ses yeux, on ne saurait considérer comme analogues la situation de telles personnes et celle des requérants* ». Le constat de non-violation de l'article 14 fut contesté par le juge De Meyer (para. 7 de son opinion dissidente), mais il convient de noter que ce dernier ne fonde pas sa contestation sur le fait que les requérants se trouvaient dans une « situation analogue ». Il considère seulement que la distinction faite entre Irlandais, selon qu'ils sont domiciliés en Irlande ou ailleurs, lui « paraît manquer de justification objective et raisonnable ». Cette confusion entre l'examen de la condition de « comparabilité des situations » et celui de l'éventuelle justification de la différence de traitement opérée entre deux situations analogues se retrouve d'ailleurs dans plusieurs arrêts de la Cour européenne (voir *ci-dessous*)⁶⁸⁷.

Le caractère très sommaire de l'examen de cette condition de comparabilité des situations laisse d'ailleurs parfois le lecteur sur un sentiment de malaise, même en présence d'un jugement rendu à l'unanimité. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *VGT*, l'association requérante (*Verein Gegen*

⁶⁸³ Il s'appuyait assez fréquemment avant la disparition de la commission européenne de droits de l'homme sur les constatations effectuées par cette dernière.

⁶⁸⁴ *Petrovic*, para. 36 ; *Larkos*, para. 30 ; *Wessels-Bergervoet*, para. 47.

⁶⁸⁵ *Lithgow*, para. 179 ; *Kjeldsen*, para. 56 ; *van der Mussele*, para. 46 ; *Moustaquim*, para. 49 ; *Stubbings*, para. 74, et dans ce dernier cas après un réel examen de la comparabilité des situations ; *J. Martin* (décision sur la recevabilité) ; *Beale* (décision d'irrecevabilité) ; *Negoescu* (décision d'irrecevabilité).

⁶⁸⁶ *Johnston*, opinion dissidente du juge De Meyer ; *Cha'are*, opinion dissidente commune aux juges Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nicolovska, Pantiru, Levits et Traja, lesquels rappellent opportunément à la Cour européenne que l'analyse de la violation éventuelle de l'article 14 doit impliquer, d'abord, un examen de la question de savoir si la requérante se trouve dans une situation analogue. Les juges minoritaires se livrent d'ailleurs à un examen complet de cette question dans leur opinion commune.

⁶⁸⁷ Sur le plan de la comparabilité des situations, il semble légitime de considérer que l'examen de la Cour européenne en l'espèce était contestable. Au regard de « l'avantage » revendiqué - la reconnaissance des relations familiales menées hors mariage par des personnes après l'échec du mariage d'au moins l'une d'entre elles - la pertinence du critère de résidence pour juger de la comparabilité ou non de la situation des personnes sollicitant cet « avantage » est pour le moins très discutable. *Comp.* l'arrêt *Darby* dans lequel la Cour européenne considère (para. 32) que la circonstance que le requérant ne soit pas résident dans l'Etat défendeur ne l'empêche pas de pouvoir prétendre se trouver dans une « situation analogue ».

Tierfabriken)⁶⁸⁸ souhaitait faire diffuser par une société de télévision une publicité se terminant par le message « manger moins de viande, pour votre santé, et dans l'intérêt des animaux et de l'environnement ». La société de télévision refusa de diffuser ce message en invoquant son caractère clairement politique. La Cour européenne conclut d'abord à une violation de l'article 10 CEDH (liberté d'expression). Elle accepta néanmoins d'examiner le grief relatif à l'article 14, par lequel l'association requérante se plaignait d'être victime d'une discrimination par rapport à « l'industrie de la viande », laquelle pouvait faire diffuser ses publicités sans restrictions. Elle estima à cet égard, au terme d'un raisonnement sommaire (para. 87 et 88), se limitant à prendre note de l'analyse effectuée par un tribunal national, que les publicités de « l'industrie de la viande » sont par nature économiques, alors que celles de VGT sont dirigées contre la production industrielle et militent en faveur de la protection des animaux. Elle conclut de ce constat que VGT et « l'industrie de la viande » ne sont pas dans une situation comparable *dès lors que leurs publicités n'ont pas les mêmes objectifs*. Il est permis de se demander si la différence dans les objectifs respectifs poursuivis par deux publicités est réellement pertinente aux fins de la question de savoir si elles se trouvent dans une situation comparable par rapport à leur diffusion par une société de télévision ? Il pourrait être soutenu que le raisonnement de la Cour européenne consiste plutôt à *justifier* leur traitement différent qu'à établir leur absence de comparabilité.

Peut-être plus étonnant encore est le raisonnement utilisé dans l'affaire *Building society*. Dans celle-ci, la compagnie requérante avait versé au trésor britannique des sommes en application de dispositions fiscales ultérieurement invalidées à la suite d'une procédure intentée par une autre compagnie. La Cour européenne reconnaît tout d'abord (para. 89) que les deux compagnies « se trouvaient assurément dans une situation analogue, sinon identique » en ce qui concerne le versement des sommes illégalement perçues par le trésor britannique. Toutefois, estime la Cour européenne, seule l'autre compagnie a pris « le parti indépendant et hardi de contester par la voie judiciaire la validité » de la réglementation en cause et a « encouru des frais de justice en engageant à deux reprises et jusqu'à la Chambre des lords une procédure complexe et onéreuse contre le fisc ». Par conséquent, conclut la Cour européenne, ces deux compagnies ne se trouvaient pas dans une situation analogue⁶⁸⁹⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Association militant pour la protection des animaux.

⁶⁸⁹ Voy. toutefois l'opinion dissidente du juge Lambrek.

⁶⁹⁰ Confrontée à une même situation, la Cour de justice a jugé, contrairement au Tribunal, dans l'affaire *Assidoman Kraft Products*, que « le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce que, dans une hypothèse où plusieurs décisions individuelles similaires infligeant des amendes ont été adoptées dans le cadre d'une procédure commune et où certains destinataires seulement en ont poursuivi et obtenu l'annulation en justice, l'institution dont elles émanent doive, à la demande d'autres destinataires, réexaminer, à la lumière des motifs de l'arrêt d'annulation, la légalité des décisions non attaquées et apprécier si, sur la base de cet examen, il y a lieu de procéder à un remboursement des amendes versées ». Cet arrêt s'appuie toutefois sur un principe clair et

Tout aussi contestable est le raisonnement tenu dans *Robertson* (décision sur la recevabilité). Avant l'entrée en vigueur au Royaume-Uni, en 2001, d'une nouvelle législation adoptée en 1999, un veuf ne pouvait obtenir certaines prestations de sécurité sociale suite au décès de son épouse, alors que ces prestations étaient accordées à une veuve. La demande d'octroi devait toutefois être faite dans les trois mois suivant le décès. Le requérant invoquait une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14. La Cour européenne déclare la requête irrecevable au motif que le requérant n'a pas la qualité de « victime » au sens de la Convention. Elle aboutit à ce résultat en arguant que le requérant n'a pas été directement affectée par la discrimination, dans la mesure où un refus d'octroi aurait également été opposé à une veuve placée dans la même situation, c'est-à-dire qui aurait omis de solliciter l'octroi de ces prestations dans un délai de trois mois ! Le choix du comparateur peut surprendre : un veuf ne pouvait *légalement* pas avoir droit à ces prestations. Déclarer qu'il se trouve dans une situation comparable à celle d'une femme n'ayant pas introduit sa demande dans le délai légalement prévu et qu'il ne peut de la sorte prétendre être une « victime » d'une discrimination par rapport à celle-ci est étonnant⁶⁹¹.

Encore plus sommaire, et tout aussi contestable, semble être le raisonnement tenu dans *Odièvre*. La requérante invoquait une violation, par la France, des articles 8 (droit à la vie privée) et 14 en raison du refus opposé par les autorités de lui révéler le secret de sa naissance et l'impossibilité qui en résulte pour elle de connaître ses origines. Par dix voix contre sept, la Cour européenne conclut à l'absence de violation de l'article 8. Se tournant vers l'article 14, la Cour européenne examine et rejette l'allégation de discrimination en un seul paragraphe (para. 56). Fidèle à sa pratique constante, elle commence par considérer que « *le grief relatif à la discrimination que la requérante aurait subie en raison de l'anonymat de sa mère coïncide en pratique, bien que présenté sous un angle différent, avec le grief qu'elle a déjà examiné sur la base de l'article 8* ». Une telle considération rend à l'évidence impossible le constat de violation de l'article 14, lorsqu'il a été préalablement jugé que l'article 8 n'a pas été violé. C'est pourquoi elle précise que c'est seulement « à toutes fins utiles » qu'elle analyse l'allégation de discrimination : « *la Cour estime qu'aucune discrimination ne frappe la requérante en raison de la qualité de sa filiation car d'une part, elle dispose d'un lien de filiation à l'égard de ses parents adoptifs avec un enjeu patrimonial et successoral, et d'autre part, elle ne saurait prétendre, à l'égard de sa mère biologique, se trouver dans une situation comparable à celle d'enfants ayant une*

constant, celui de la sécurité juridique, sans pour autant nier la comparabilité des situations des sociétés en cause. Voy. également l'arrêt *Tideland Signal* du TPI : « *l'arrêt d'annulation ne saurait entraîner l'annulation d'autres actes non déférés à la censure du juge communautaire, mais à l'encontre desquels il pourrait être invoqué une même illégalité* ». La Cour de justice a en revanche également jugé à propos de « taxes » perçues au niveau national et jugées par elle contraire au droit communautaire qu'un Etat membre ne peut limiter le remboursement de celles-ci aux seules personnes ayant contesté la conformité au droit communautaire de ces taxes avant le prononcé de son premier arrêt, voy. notamment arrêt *Barra*.

⁶⁹¹ Voir également dans le même sens *Hill* (décision sur la recevabilité) et *Murphy* (décision sur la recevabilité).

filiation établie à l'égard de celle-ci ». Ces considérations laissent pantois !⁶⁹² S'agissant de la première, il paraît évident qu'elle repose sur un choix erroné du groupe comparateur. Ce que revendiquait la plaignante, c'était le traitement égal avec ses frères et soeurs biologiques en ce qui concerne un éventuel enjeu patrimonial et successoral. Le fait qu'elle puisse, le cas échéant, revendiquer un droit successoral à l'égard de ses parents adoptifs était, juridiquement, dénué de pertinence en l'espèce. Quant à la seconde, la Cour européenne ne prend même pas la peine d'apporter le moindre argument susceptible d'étayer sa position. Celle-ci paraît d'ailleurs fortement contestable : quel élément justifiait que la plaignante ne pouvait prétendre être dans une situation comparable à celle de ses frères et soeurs biologiques en matière successorale à l'égard de leur mère?⁶⁹³

Parfois, la Cour européenne utilise le même raisonnement contestable que celui utilisé par la Cour de justice dans *Grant*, à savoir conclure à l'absence d'une discrimination en comparant la situation du plaignant avec celle d'une autre personne subissant le même traitement défavorable. Ainsi, dans *Fratrik* (décision sur la recevabilité), l'intéressé, travailleur indépendant ayant eu des revenus faibles au cours d'une année donnée, se plaignait d'une discrimination, établie par la loi en matière fiscale (cotisations), par rapport à une autre catégorie de travailleurs ayant eu des revenus dépassant un certain seuil. La Cour européenne rejette l'allégation au seul motif que l'intéressé n'a pas été traité de manière plus défavorable ... qu'un autre travailleur ayant eu les mêmes revenus que lui.

2) ... Ou justification d'une différence de traitement

La nécessité de justifier une différence de traitement ne doit, et ne peut, intervenir que lorsque cette différence de traitement est pratiquée entre deux personnes se trouvant dans une situation comparable. Examiner si une distinction entre deux personnes est justifiée sans se demander au préalable si ces deux personnes sont dans une telle situation comparable déforce en conséquence considérablement la rigueur juridique et la pertinence du raisonnement, voire peut confiner à l'absurde. En langage familier, cela revient en effet à tenter de justifier pourquoi l'on traite différemment les pommes et les poires, sans se demander si l'on peut comparer des pommes et des poires. C'est pourtant parfois un exercice auquel la Cour européenne, comme la Cour de justice⁶⁹⁴, se livre.

⁶⁹² Comme l'a écrit J.F. Flauss, « Actualités de la Convention européenne des droits de l'homme (octobre 2002-février 2003) », *AJDA* 2003, pp. 603 et 609, la rédaction de cet arrêt, fruit d'un compromis entre les juges de la majorité, n'est pas exemplaire.

⁶⁹³ Il peut être également remarqué que les sept juges dissidents ne font aucun commentaire sur la position de la majorité concernant l'article 14.

⁶⁹⁴ Arrêt *Jämställhetsombudsmannen*, dans lequel la Cour de justice procède à un examen détaillé de la question de savoir si le traitement différent des sages-femmes et des ingénieurs de clinique dans un hôpital suédois est justifié, ... après avoir refusé d'examiner si ces deux catégories de travailleurs sont bien dans une situation comparable (effectuent un travail auquel une même valeur peut être attribuée).

Ainsi, dans l'affaire *Rasmussen*, le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que, selon la législation danoise applicable à l'époque, son ancienne femme pouvait à tout moment contester sa paternité devant les tribunaux tandis que lui n'en avait pas le droit. La commission européenne, à la majorité, avait conclu à l'existence d'une situation analogue entre mari et femme sur cette question. Refusant de prendre position dans ce débat entre majorité et minorité de la commission européenne, la Cour européenne déclare (para. 37) qu'elle n'estime pas nécessaire de trancher la question, et part de l'hypothèse que mari et femme sont dans une situation analogue. Elle se livre ensuite à un examen détaillé des motifs justifiant la distinction de traitement entre eux et conclut à l'absence de caractère discriminatoire de la différence de traitement. Cette conclusion finale était peut-être la bonne, mais la motivation y conduisant ne peut être jugée satisfaisante.

Parfois, la Cour européenne commet une réelle confusion entre les deux étapes du raisonnement.

Dans l'affaire *Irlande/Royaume-Uni*, le gouvernement requérant demandait à la Cour européenne de condamner, comme discriminatoire, la différence de traitement pratiquée par l'Etat défendeur en matière de lutte contre le terrorisme selon qu'il s'agissait de « terrorisme loyaliste » ou de terrorisme « républicain ». La Cour européenne néglige la question de savoir si ces deux types de terrorisme recouvraient des situations comparables, imposant, sauf justification objective, un traitement similaire, et recherche tout de suite si cette différence de traitement pouvait être justifiée. Mais son analyse consiste en réalité à démontrer que ces deux types de terrorisme n'étaient pas comparables (para. 228)⁶⁹⁵ ! Paraît plus correcte, la démarche empruntée dans son opinion séparée par le juge Matscher, lequel constate, d'abord, la comparabilité des situations et analyse, ensuite, comme causes de justification possible les motifs avancés par l'Etat défendeur pour justifier la différence de traitement⁶⁹⁶.

Le raisonnement suivi par la minorité dans l'arrêt *Chapman*, bien que subtil, reste discutable. Dans cette affaire, la requérante, Tsigane de naissance, alléguait que le refus d'octroi d'un permis d'aménagement foncier qui lui avait été opposé, violait notamment l'article 14, en ce qu'il emportait une discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité ethnique. Sans aucun examen de ce grief, la Cour européenne conclut (para. 129), eu égard à sa conclusion sous l'angle de l'article 8 de la Convention, selon laquelle l'ingérence dans les droits de la requérante était proportionnée au but légitime que constitue la protection de l'environnement, à l'absence de discrimination contraire à

⁶⁹⁵ « de profondes différences séparaient le premier du second » ; « ils sévissaient à une échelle infime en comparaison de celle-ci » ; « l'I.R.A. constituait une organisation beaucoup plus charpentée et, partant, une menace bien plus grave que les terroristes « loyalistes » ».

⁶⁹⁶ « En outre, au moins à partir de 1972, les deux terrorismes étaient aussi comparables quant à leur danger pour l'ordre public du pays. Nonobstant, et jusqu'au 5 février 1973, les autorités britanniques continuèrent d'appliquer les mesures d'exception aux seuls terroristes « républicains ». Les motifs avancés par le gouvernement défendeur pour justifier une telle différenciation ne me convainquent guère... ».

l'article 14 de la Convention. Dans une opinion dissidente commune, sept juges⁶⁹⁷ marquèrent leur désaccord avec les conclusions auxquelles avait abouti la majorité (para. 8 de l'opinion dissidente commune) : « *Enfin, nous ne saurions penser avec la majorité que le fait d'accorder la protection de l'article 8 à une Tsigane habitant illégalement dans une caravane sur son terrain soulèverait, par rapport aux autres personnes, des problèmes au regard de l'article 14*⁶⁹⁸ *dans la mesure où les lois sur l'urbanisme continuent de leur interdire de construire une maison sur leur terrain dans la même zone. Cette façon de voir néglige le fait, pourtant reconnu précédemment par la majorité, que le mode de vie suivi en l'espèce par la requérante, celui des Tsiganes, élargit la portée de l'article 8, ce qui ne serait pas nécessairement le cas pour une personne vivant dans une maison classique, mode de logement sur lequel pèsent moins de contraintes. Ces situations ne sauraient être analogues* ». Même si l'opposition au point de vue de la majorité doit, me semble-t-il, être partagé, le raisonnement tenu dans cette opinion dissidente reste néanmoins discutable. L'avantage qui était revendiqué était l'octroi d'un permis d'aménagement foncier. Semblent être dans une situation comparable à cet égard, toutes les personnes revendiquant l'octroi d'un tel permis, peu importe leur mode de vie. La question qui aurait dû, ensuite, alors être abordée par la minorité était la suivante : le traitement différent (octroi d'un permis aux seuls Tsiganes) de personnes placées dans une situation comparable est-il compatible avec l'article 14 ? C'est dans le cadre de cette question qu'aurait pu être avancé l'argument tenant au mode de vie distinctif des Tsiganes comme cause de justification d'un traitement distinct⁶⁹⁹.

Un autre type de confusion que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne consiste à reprendre exactement le même argument pour établir, d'abord, que les situations ne sont pas analogues, et, ensuite, que même si elles l'étaient, la différence de traitement serait objectivement justifiée.

Dans l'affaire *Stubbings*, les requérantes, toutes victimes dans leur enfance de violences ou sévices sexuels, se plaignaient d'avoir été traitées de manière moins favorable, sur le plan des règles de

⁶⁹⁷ Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall.

⁶⁹⁸ Les juges minoritaires font ici référence au para. 95 de l'arrêt dans lequel la majorité déclare : « *De plus, traiter différemment un Tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes à un endroit donné, des non-Tsiganes qui y ont établi un site caravanier et toute personne qui y a fait construire une maison soulèverait des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention* ».

⁶⁹⁹ Il eut également été possible d'avancer, en cas de réponse négative à cette question, que les Tsiganes doivent bénéficier, en l'espèce, d'une « discrimination positive » compte tenu du fait qu'ils constituent une population particulièrement déshéritée et que seule une telle « discrimination positive » serait de nature à permettre une réelle « égalité des droits » ; voy. en ce sens l'opinion dissidente du juge Petiti dans l'arrêt *Buckley*. Evidemment, cette seconde approche aurait exigé au préalable que soit examinée en détail la légitimité de la « discrimination positive » dans le cadre de l'article 14. Une telle question n'a, semble-t-il, jamais été réellement examinée par la Cour européenne, même si certains de ses arrêts évoquent, voire se fondent sur, cette notion. Ainsi, dans *Wintersberger* (décision sur la recevabilité), elle appuie sa décision d'irrecevabilité d'un grief de violation de l'article 14 sur le constat que « *la discrimination positive des personnes handicapées privilégiées justifie la possibilité exceptionnelle d'autorisation rétroactive* » de licenciement. Mais de telles mentions restent rares.

prescription, que les victimes de dommages accidentels comme celles d'autres formes de dommages intentionnels dépourvus de répercussions psychologiques les empêchant d'en comprendre les causes. La Cour européenne déclare tout d'abord que la même règle de prescription s'applique aux victimes d'autres formes de méfaits délibérés ayant des répercussions psychologiques différentes⁷⁰⁰, et énonce ensuite que les victimes de dommages intentionnels et accidentels ne peuvent passer pour se trouver dans des situations analogues aux fins de l'article 14, au motif, notamment, que « *les victimes de dommages intentionnels se rendront peut-être plus facilement compte qu'elles ont un motif d'action* » (para. 73). Mais elle poursuit en affirmant que même si une comparaison pouvait être établie entre les deux groupes, la différence de traitement constatée entre ceux-ci serait justifiée, eu égard à la circonstance que « *la possibilité d'engager une action civile apparaît peut-être moins aisément aux victimes* » des dommages accidentels. Comment un argument identique peut-il permettre, dans une même affaire, d'établir l'absence de caractère analogue des situations et en même temps de justifier la différence de traitement entre les deux groupes ? Si ce motif sert à établir une absence de comparabilité, il devrait nécessairement être disqualifié comme cause de justification d'une différence de traitement !^{701 702}

II – Caractère légitime du but poursuivi et rapport raisonnable de proportionnalité

Dans l'arrêt *régime linguistique*, la Cour européenne a affirmé qu'une « *distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». L'existence d'une cause de justification (la poursuite d'un but légitime) et le caractère des moyens mis en œuvre pour atteindre celui-ci (le rapport raisonnable de proportionnalité) sont bien deux conditions distinctes, comme c'est le cas également dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans certains arrêts, il semble toutefois que la Cour européenne procède à un amalgame entre les deux conditions.

Dans cette affaire *régime linguistique*, la Cour européenne avait à répondre à six questions différentes. La première avait trait au caractère prétendument discriminatoire de législations belges s'opposant, dans les régions considérées par la loi comme unilingues, à la création et au subventionnement, par l'Etat, d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions générales d'ordre

⁷⁰⁰ Mais elle ne s'interroge pas sur la question de savoir si ces divers « groupes » de victimes se trouvent dans une situation différente, laquelle supposerait un traitement différent (règle de prescription différente).

⁷⁰¹ Sur le plan du résultat, paraît en outre devoir être approuvée l'opinion dissidente du juge Macdonald, lequel conclut à une violation de l'article 14, combiné avec l'article 6 § 1 (droit d'accès à un tribunal).

⁷⁰² C'est un raisonnement quelque peu similaire que la Cour de justice tient dans l'arrêt *Espagne c. Commission* (« stock de merlu » - C-304/01). Après avoir établi que les bateaux de petite taille ne se trouvent pas dans une situation comparable aux bateaux de grande taille, aux fins de la mesure contestée adoptée dans le domaine de la

linguistique. La Cour européenne relève que le but poursuivi par ces législations (réaliser l'unité linguistique à l'intérieur des deux grandes régions de la Belgique, dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l'une des deux langues nationales) est légitime, mais conclut, après avoir expliqué en quoi cet objectif est légitime, que les *moyens* adoptés par le législateur belge étaient proportionnés. Or, elle n'examine nullement ces moyens et encore moins leur proportionnalité. La deuxième question concernait une allégation de discrimination tenant à l'impossibilité, dans la région unilingue néerlandaise, de créer ou de faire subventionner par l'Etat, des écoles qui dispenseraient un enseignement en français. La Cour européenne considère (para. 13) que la législation en cause poursuit un « but légitime », à savoir éviter la possibilité que l'enseignement que l'Etat ne veut pas subsidier ne profite, de quelque manière que ce soit, des subventions obtenues par l'enseignement conforme aux lois linguistiques. Mais elle ajoute immédiatement après que « ce but est plausible en soi et la Cour n'a pas à apprécier s'il est possible de l'atteindre d'une autre manière ».

Une même confusion se retrouve dans l'affaire *Abdulaziz*. Les requérantes se plaignaient d'une discrimination fondée sur la naissance en ce que parmi les citoyennes du Royaume-Uni ou de ses colonies qui y étaient installées, seules celles qui y étaient nées pouvaient, sous l'empire de la réglementation applicable, obtenir l'admission de leur mari non national aux fins de l'établissement. La Cour européenne considère (para. 88) légitime le but poursuivi par le Royaume-Uni (épargner aux femmes ayant des liens étroits avec le Royaume-Uni les épreuves qu'elles auraient traversées si, après leur mariage, il leur avait fallu se rendre à l'étranger pour pouvoir rester avec leur mari), mais en conclut immédiatement « *qu'on doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable* », englobant donc l'examen de proportionnalité du moyen utilisé dans celui du caractère légitime de l'objectif poursuivi.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne qu'il y a violation de l'article 14 « *s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁷⁰³. La formulation de cette condition est quelque peu différente de celle utilisée en droit communautaire. Dans ce dernier, la vérification du respect du principe de proportionnalité implique, en tant que telle, la vérification que la mesure est « raisonnable », c'est-à-dire nécessaire et appropriée. La formulation employée par la Cour européenne laisse, semble-t-il, transparaître son approche plus souple du concept de discrimination – l'appréciation du caractère nécessaire et approprié de la mesure ne fait l'objet que d'un examen « raisonnable », c'est-à-dire assez limité, et non strict comme en droit communautaire – laquelle se traduit par le fait que les Etats jouissent d'une plus grande marge d'appréciation dans la détermination de la proportionnalité des moyens employés. Ainsi qu'indiqué

politique commune de la pêche (point 33), la Cour de justice estime toutefois nécessaire de justifier la différence de traitement opérée entre eux.

⁷⁰³ Voy, par exemple, *Karlheinz Schmidt*, para. 24; *Inze*, para. 41 et *Mazurek*, para. 48.

dans le chap. I, section 1, § 2, *ci-dessus*, cette formule rappelle que la Cour européenne a accepté de ne sanctionner que l'usage *arbitraire* de la marge de manœuvre ainsi concédée aux Etats.

Les observations formulées par le juge Zupancic, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Chassagnou*, sur cette notion du « rapport raisonnable » sont très intéressantes : *« Les Cours constitutionnelles et les Cours suprêmes d'aujourd'hui, dotées d'un pouvoir de contrôle juridictionnel et sans cesse amenées à se prononcer sur des questions de discrimination, doivent recourir au critère métajuridique du caractère raisonnable lorsqu'elles déterminent si une loi, une décision judiciaire ou administrative donnée est entachée d'arbitraire, de caprice, de discrimination sans fondement, etc... Il va sans dire que ce critère de « caractère raisonnable » risque de dégénérer en une réflexion étrangère au droit. Un examen trop minutieux de la validité des intentions du législateur incitera le juge à transgresser les limites de la retenue judiciaire. Et pourtant ce n'est pas de retenue judiciaire qu'il s'agit. Ce qui importe, c'est de préserver l'autonomie du raisonnement juridique. A l'autre extrémité, on trouve une régression timorée et défensive vers des formules juridiques d'un formalisme positiviste propre aux nouvelles Cours constitutionnelles qui n'ont pas encore pris position par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. Mais comme nous l'avons signalé plus haut, les simples préceptes n'ont pas lieu d'exister devant les juridictions de dernière instance ; lesquelles doivent aller au-delà de la simple interprétation des lois relevant des tribunaux de droit commun. Il nous faut, semble-t-il, ménager un « juste équilibre » entre ces deux extrêmes, lorsque nous interprétons la Convention et les dispositions de son article 14 ».*

Ces réflexions paraissent tout à fait pertinentes et fondées. Il est toutefois parfois malaisé de distinguer si la Cour européenne a « préservé l'autonomie de son raisonnement juridique » ou s'est égarée dans une « réflexion étrangère au droit » lorsqu'elle a jugé du « rapport raisonnable de proportionnalité » des moyens employés pour atteindre le but visé.

§ 2 - La hiérarchisation des motifs prohibés

Selon la jurisprudence initiée par l'arrêt *régime linguistique*, l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de « justification objective et raisonnable ». Selon la même jurisprudence, l'existence d'une pareille justification doit toutefois s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques.

I – La justification objective de la discrimination

Cette formulation témoigne de ce que la Cour européenne s'attache plus à l'existence (ou à l'absence) d'un *but légitime*, c'est-à-dire d'un objectif présenté *subjectivement* comme digne de

protection qu'à une cause de *justification (réellement) objective*. Cette attitude peut être rapprochée de celle adoptée par la Cour de justice dans le domaine des libertés fondamentales (surtout depuis l'arrêt *Bachmann*) et dans celui de l'égalité entre hommes et femmes⁷⁰⁴. Les exemples suivants, parmi d'autres, d'objectifs reconnus comme légitimes illustrent l'approche choisie par la Cour européenne : instaurer un système d'identification des pères naturels « méritants » qui pourraient se voir accorder des droits parentaux, afin de protéger les intérêts de l'enfant et de la mère⁷⁰⁵, l'institution de délais plus courts octroyés aux pères pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiant par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant⁷⁰⁶, le souci d'éviter « l'anarchie syndicale » et d'assurer une politique du personnel cohérente et équilibrée, tenant équitablement compte des intérêts professionnels de l'ensemble des agents des provinces et des communes⁷⁰⁷, le désir de fournir un logement suffisant aux membres les moins riches de la collectivité⁷⁰⁸, la protection des locataires dans le cadre d'une crise grave du logement⁷⁰⁹, la protection de la famille traditionnelle⁷¹⁰, le caractère protecteur de la procédure applicable aux mineurs délinquants⁷¹¹.

Cela n'empêche pas la Cour européenne de s'appuyer également parfois sur un argument qu'elle présente comme une « justification objective ». Ainsi, dans l'arrêt *Abdulaziz*, elle invoque (para. 88) « des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire » en ce qui concerne l'admission d'un mari non national aux fins de l'établissement ; dans l'arrêt *Gillow* (para. 65), ce sont les liens étroits de certaines personnes avec l'île de Guernesey ou y occupant un emploi essentiel pour la collectivité qui sont invoqués comme « justification objective » d'une différence de traitement en matière d'accès au logement ; dans les arrêts *Moustaquim* (para. 49) et *C./Belgique* (para. 38), c'est la circonstance que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre qui constitue la « justification objective » du traitement différent octroyé aux ressortissants de ces Etats membres en matière d'expulsion du territoire belge.

Il peut être difficile de contester le caractère « légitime » des buts que la Cour européenne juge dignes de prise en considération lorsqu'elle rejette un grief de discrimination. En acceptant ou en

⁷⁰⁴ Alors que sa jurisprudence sur le principe d'égalité dans le domaine de la PAC ou dans le contentieux de la fonction publique reste, encore aujourd'hui, plus « fidèle » à la définition du principe d'égalité donnée dans l'arrêt *Rückdeschel*, lequel n'envisage la possibilité de justifier une différence de traitement entre deux personnes placées dans une situation analogue que par une « justification (réellement) objective ». Sur cette question, voy *supra*, xxx.

⁷⁰⁵ *McMichael*, para. 98.

⁷⁰⁶ *Rasmussen*, para. 41.

⁷⁰⁷ *Syndicat national de la police belge*, para. 48.

⁷⁰⁸ *Gillow*, para. 66.

⁷⁰⁹ *Spadea*, para. 46.

⁷¹⁰ *Mazurek*, para. 50, mais la Cour européenne conclut néanmoins à la violation de l'article 14 en raison du manque de rapport raisonnable de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés.

⁷¹¹ *Bouamar*, para. 67 et *D.G.*, para. 115

rejetant ceux-ci, elle exprime un point de vue *subjectif* souverain. En revanche, lorsqu'elle invoque l'existence de causes *objectives* de justification, son analyse se prête plus facilement à une discussion sur la valeur juridique de l'argument retenu. Ainsi, le caractère soi-disant *objectif* de certaines causes de justification mentionnées par la Cour européennes paraît parfois discutable. Ainsi, dans l'affaire *Gillow*, sous couvert de « justification objective » (voir para. 65, mentionné *ci-dessus*), la Cour européenne admet en réalité (para. 54) que la différence de traitement soit justifiée par un objectif de « bien-être économique » de l'île de Guernesey. Il est difficile de voir dans celui-ci une « justification objective » !

II – La justification par des considérations très fortes de certaines discriminations⁷¹²

A partir du milieu des années quatre-vingt, la Cour européenne a commencé à élaborer une jurisprudence dont il semble résulter que les différences de traitement fondées sur certains motifs ne peuvent être justifiées que si elles reposent sur des considérations très fortes. Il semble que ce soit dans l'arrêt *Abdulaziz* que la Cour européenne ait initié cette jurisprudence. Celle-ci représente une évolution majeure dans l'interprétation de la protection offerte par l'article 14, mais est cependant empreinte d'une très grande subjectivité, laquelle se traduit par des solutions pas toujours cohérentes entre elles ni même avec l'affirmation du principe que certains motifs de discrimination justifient un examen plus rigoureux des arguments avancés pour les justifier.

1) L'arrêt *Abdulaziz*

Dans cette affaire, les plaignantes estimaient être victimes d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que la législation britannique permettait alors plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation, d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou de demeurer dans le pays. La Cour européenne considère tout d'abord (para. 78) que la protection du marché du travail peut être regardée comme une cause de justification légitime, mais estime que cela ne suffit pas à prouver la légitimité de la distinction opérée. En effet, ajoute-t-elle, si les Etats jouissent d'une certaine « marge d'appréciation » pour déterminer si, et dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables, son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. Or, juge-t-elle, « la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe ». En l'espèce, la Cour européenne affirme que les arguments invoqués par le Royaume-Uni ne sont pas suffisamment convaincants.

⁷¹² A. Heringa (p. 31) parle de « motifs suspects », à l'instar de la jurisprudence de la Cour suprême US, voy. *infra*. V. Martenet (p. 388) évoque des critères « sensibles »

La formulation de cette nouvelle approche laisse néanmoins transparaître que l'appréciation de ce que peuvent constituer des « raisons très fortes » dépend essentiellement d'un raisonnement *subjectif*. Les arrêts ultérieurs mettant en œuvre cette approche en témoignent.

2) Liste des motifs spéciaux⁷¹³

- *Le sexe*. L'affaire *Abdulaziz* mettait en cause une discrimination fondée sur le sexe. En 1993 et 1994, la Cour européenne eut encore l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur l'importance particulière de l'égalité entre les sexes⁷¹⁴. Dans quatre affaires différentes (*Schuler-Zraggen*, para. 67, *Burghartz*, para. 27, *Karlheinz Schmidt*, para. 24 et *van Raalte*, para. 39), elle rappelle que « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe* ». Elle répétera encore cette affirmation en 1998 dans l'affaire *Petrovic* (para. 37), en 2002 dans les affaires *Wessels-Bergervoet* (para. 49) et *Willis* (para. 39) et en 2004 dans l'affaire *Tekeli* (para. 53).

- *La religion*. Dans l'affaire *Hoffmann*, la requérante se plaignait de s'être vu refuser la garde de ses enfants en raison de ses convictions religieuses (témoins de Jéhovah). Tout en considérant que le but poursuivi par la juridiction nationale ayant octroyé la garde au père des enfants poursuivait un but légitime (protéger la santé et les droits des enfants), la Cour européenne conclut (para. 36) « *nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* ».

- *L'orientation sexuelle*. Dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta*, le requérant reprochait au tribunal national d'avoir attribué à son ex-épouse plutôt qu'à lui-même, l'autorité parentale sur leur fille en se fondant exclusivement sur son orientation sexuelle (homosexualité). La Cour européenne considère d'abord que la décision du tribunal poursuivait un but légitime, identique à celui relevé dans l'arrêt *Hoffmann* à propos de la même problématique (protéger la santé et les droits de l'enfant), mais ajoute (para. 36), en renvoyant à l'arrêt *Hoffmann*, que le tribunal national a « *opéré une distinction dictée*

⁷¹³ A. Heringa (p. 30) considère, avec raison, que la race devrait tomber également dans cette catégorie, mais admet qu'aucune jurisprudence n'a encore confirmé cette hypothèse. Voy. également O.M. Anardottir, p. 146, et les références citées sous la note (665). Dans les années septante, dans l'affaire des *Asiatiques de l'Afrique de l'Est*, la commission européenne essaya, compte tenu de la gravité particulièrement grave d'une discrimination fondée sur ce critère, d'en faire un motif *indépendant* de violation de la Convention, mais cette construction resta sans suite ; voy. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne ...*, p. 541. Par ailleurs, dans l'affaire *Abdulaziz*, la commission européenne affirma que par discrimination « raciale », il faut également entendre la discrimination fondée sur la couleur, l'origine nationale ou ethnique. Toutefois, il y a lieu de relever que la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'invocation par des Kurdes d'un grief d'une discrimination fondée sur l'origine ethnique semble aller exactement dans le sens contraire (voy *ci-dessus*).

⁷¹⁴ Ce qui démontre par ailleurs que, même en dehors du domaine de l'emploi ou de la sécurité sociale, couverts par le droit communautaire, les distinctions opérées en fonction du sexe affectent toujours un nombre

par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention »⁷¹⁵.

- *La nationalité*. Dans l'affaire *Gaygusuz*, l'intéressé se plaignait du refus des autorités autrichiennes de lui attribuer une allocation d'urgence au motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne, l'une des conditions requises en vertu de la loi sur l'assurance chômage autrichienne pour bénéficier de cette allocation. Avant même d'examiner la légitimité éventuelle du but poursuivi par la législation contestée, la Cour européenne déclare (para. 42) que « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* ».

- *La naissance hors mariage*. Dans l'arrêt *Inze*, était en cause une discrimination fondée sur la naissance (hors mariage) du requérant. Appliquant *mutatis mutandis* l'arrêt *Abdulaziz*, la Cour européenne déclare (para. 41) que « *les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage* », de sorte que seules « de très fortes raisons » pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage. Comme dans son arrêt *Abdulaziz*, la Cour européenne part de la prémisse que l'étendue de la marge d'appréciation des Etats varie selon les circonstances, les domaines et le contexte en cause, et qu'en l'espèce plusieurs Etats avaient ratifié une convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

- *Conclusions provisoires*. Le sexe, la religion, l'orientation sexuelle, la nationalité, la naissance hors mariage constituent les différents critères à propos desquels la Cour européenne s'est déclarée jusqu'à présent prête à se montrer plus stricte dans son appréciation de la marge de manœuvre des Etats pour tenter de justifier, par un « but légitime », la distinction opérée entre deux personnes se trouvant dans une situation comparable. Dans aucune de ces affaires, elle n'a toutefois donné d'indications permettant de présumer les raisons l'ayant conduite à retenir cette approche à propos de ces motifs plutôt que d'autres. On peut encore relever que dans toutes les affaires mentionnées ci-dessus, sauf *Petrovic*, cette approche a eu pour conséquence un constat de violation de l'article 14. On pourrait dès lors être tenté de dire que lorsque est invoquée une discrimination fondée sur l'un de ces motifs, la

considérable de domaines de la vie en société. La directive 2004/113, adoptée par le Conseil en 2004, s'attache à interdire celles intervenant dans le domaine de l'accès aux biens et services.

⁷¹⁵ Cet arrêt est le premier dans lequel la Cour européenne affirme qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le bénéfice des droits garantis par la CEDH est contraire à l'article 14. Cet arrêt confirme ainsi la décision rendue dans le même sens par la Commission européenne des droits de l'homme en 1997 dans l'affaire *Sutherland*. Sur cette décision et la jurisprudence antérieure, voy, notamment, K. Walker, « Moving Gaily Forward : Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe », 2 *Melbourne Journal of International Law*, (2001).

probabilité est très grande que la Cour européenne conclue à la violation de l'article 14. Un examen attentif de la jurisprudence montre cependant que pareille conclusion serait hâtive.

3) Une jurisprudence fluctuante

- *Le sexe*. L'arrêt rendu dans l'affaire *Petrovic* projette une ombre sur l'affirmation générale que seules des raisons très fortes peuvent justifier une distinction fondée exclusivement sur le sexe. La Cour européenne valide en effet une législation ne prévoyant l'octroi d'une allocation de congé parental qu'à la seule mère, contraire au droit communautaire⁷¹⁶ au moment où l'arrêt de la Cour européenne fut rendu. Certes, il est vrai que l'arrêt de la Cour européenne se rapporte à la législation autrichienne telle qu'elle était en vigueur durant les années quatre-vingt, cette législation ayant été amendée en 1990. Mais l'argument utilisé pour valider cette législation laisse un sentiment de malaise⁷¹⁷, bien mis en lumière par les juges Bernhardt et Spielmann dans leur opinion dissidente commune. La Cour européenne déclare (para. 39) que « *force est de constater qu'à l'époque des faits, c'est-à-dire à la fin des années quatre-vingt, il n'existait pas un tel dénominateur commun dans ce domaine, la majorité des Etats contractants ne prévoyant pas le versement d'une allocation de congé parental au père* ». Ce constat est sans doute vrai. Mais comme l'ont souligné les juges minoritaires, il est difficile de voir dans ce constat « *une considération très forte* » susceptible de justifier une distinction fondée exclusivement sur le sexe. A l'inverse, les juges Bernhardt et Spielmann expliquent fort justement que « *la discrimination envers les pères perpétue (la) répartition traditionnelle* » des responsabilités familiales entre les pères et les mères. Cet arrêt amène donc à relativiser la notion de « *considérations très fortes* » employée par la Cour européenne⁷¹⁸.

L'arrêt *Asnar* illustre lui aussi la grande subjectivité de l'approche de la Cour européenne. Le plaignant invoquait une discrimination fondée sur le sexe entre professeurs. Une disposition légale (française) permet aux enseignants de prendre leur retraite après 15 ans de service effectif. La demande introduite par le plaignant fut rejetée au motif qu'il ne remplissait pas cette condition. Il fit alors valoir que la période de service militaire qui a interrompu sa carrière devait être prise en compte. La Cour ne déclare même pas que seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement basée sur le sexe. Elle affirme au contraire que les Etats disposent d'une certaine marge de manoeuvre. Sur le fond, elle considère (para. 28) que « *la discrimination alléguée en l'espèce se rapporte en vérité à une différence de traitement dans l'accès au droit à la retraite entre les fonctionnaires ayant dû interrompre leur service pour exécuter leurs obligations militaires [...] et*

⁷¹⁶ Directive 96/34/CE sur le congé parental.

⁷¹⁷ P. Lambert, « La portée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Hellénique des droits de l'homme*, 2003, pp. 59 et 67, évoque un retranchement derrière « la notion perverse de la marge nationale d'appréciation ».

⁷¹⁸ Dans le même sens, voy. A. Heringa, p. 31.

ceux, non soumis à une telle obligation, n'ayant pas eu à interrompre de la sorte le déroulement de leur carrière. La différence de traitement dénoncée par le requérant trouve donc son fondement dans l'application d'un même principe : la comptabilisation du temps effectivement accompli dans la fonction publique. Selon la Cour, ce principe constitue en lui-même une « justification objective et raisonnable » de la différence de traitement dénoncée ». Il est évident qu'avec une telle argumentation – qui consiste justement à ne pas se prononcer sur le caractère discriminatoire du critère de différenciation dénoncé – il n'était guère possible d'arriver à une autre solution ! Cette solution n'est en outre pas nécessairement conciliable avec celle dégagée par la Cour de justice. Si, dans l'arrêt *Dory*, la Cour a reconnu que « le retard pris dans la carrière professionnelle des appelés est une conséquence inévitable du choix effectué par l'État membre en matière d'organisation militaire et n'implique pas que ce choix entre dans le champ d'application du droit communautaire » (point 41), elle a aussi établi, dans l'arrêt *Schnorbus*, qu'une législation octroyant un avantage, en termes de carrière, donné aux seuls hommes ayant accompli leurs obligations militaires « présente un caractère objectif et est inspiré par le seul souci de contribuer à compenser les effets de ce retard » (point 44), de sorte qu'elle respecte le principe d'égalité⁷¹⁹.

- *La religion*. Dans deux affaires postérieures à l'arrêt *Hoffmann*, (*saints monastères* et *Cha'are*), la Cour européenne, sans rappeler l'affirmation énoncée dans l'arrêt *Hoffmann*, a rendu deux jugements contredisant l'affirmation que « *nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* ». Dans l'affaire des *saints monastères*, les monastères requérants dénonçaient le transfert, rendu obligatoire par une loi, d'une partie de leur patrimoine foncier à l'Etat grec. La Cour européenne se limite à considérer (para. 92) que « *en raison des liens étroits qui unissent l'Eglise de Grèce aux monastères requérants, la distinction entre ces derniers et les monastères relevant du patriarcat œcuménique de Constantinople, des patriarchats d'Alexandrie, d'Antioche et de Jérusalem, du Saint-Sépulcre et du Sinaï, ainsi que de ceux relevant des autres dénominations ou confessions, ne manque pas de justification objective et raisonnable* »⁷²⁰. Dans l'affaire *Cha'are*, l'association requérante reprochait aux autorités françaises le refus de délivrance de l'agrément nécessaire pour pouvoir procéder à l'abattage rituel exigé par la religion juive, agrément délivré seulement à une autre association dont l'association requérante s'était

⁷¹⁹ L'incohérence entre les deux Cours est encore plus criante en ce qui concerne le second grief du requérant. Ce dernier invoquait également le fait que la législation en cause prévoyait la jouissance immédiate de la pension pour les femmes mères de trois enfants. La Cour européenne n'examine pas ce grief au motif qu'il a été soulevé pour la première fois en dehors des délais procéduraux. Une irrecevabilité similaire ne l'a pourtant pas empêchée d'examiner le premier grief. Elle ne pouvait faire de même à l'égard du second, puisque cela aurait dû la conduire au constat d'une discrimination évidente... déjà condamnée par la Cour de justice (arrêt *Griesmar*).

⁷²⁰ Il est intéressant de souligner qu'étant déjà parvenue au constat de non violation de l'article 9 (liberté de religion) et du protocole n° 1 (droit de propriété), la Cour européenne s'était pratiquement « condamnée » selon sa propre jurisprudence à rendre un constat de non violation de l'article 14.

scindée⁷²¹. La Cour européenne se borne à considérer (para. 87) que la différence de traitement dénoncée est de faible portée, qu'elle poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but utilisé. Elle suit donc un raisonnement standard, sans considération aucune pour son arrêt *Hoffmann*⁷²².

La motivation de l'arrêt *Palau-Martinez* de 2003 rend encore plus ambiguë l'affirmation de l'arrêt *Hoffmann*, dans la mesure où cette affaire portait sur une problématique identique, celle de l'octroi de la garde des enfants à leur père en raison de l'appartenance de la mère aux témoins de Jehovah. Certes, la Cour européenne aboutit à la même conclusion de violation de l'article 14, combiné à l'article 8. Elle constate pourtant que la religion de la requérante a joué une « importance déterminante » (para. 37) dans la décision. Mais elle applique néanmoins son raisonnement standard, et conclut à l'absence « d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (para. 42).

- *L'orientation sexuelle*. Dans l'arrêt *Fretté*, la Cour européenne opère un recul dans son raisonnement juridique, par rapport à l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*, quant à la portée de l'interdiction de discrimination fondée sur ce grief. Elle se limite à rappeler qu'une telle interdiction relève « à n'en pas douter » de l'article 14 (para. 32), mais bien qu'elle constate que le refus d'agrément opposé au requérant pour une adoption repose « de manière déterminante » sur son homosexualité déclarée, la Cour européenne argue de la large marge d'appréciation dont doivent continuer à jouir les Etats dans un domaine traversant une phase de transition pour conclure à l'absence de violation de l'article 14 (para. 41). A l'inverse, dans l'arrêt *L. et V.*, concernant la répression pénale des relations homosexuelles avec des adolescents âgés de moins de 18 ans, la Cour se fonde expressément sur l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta* (para. 45). Toutefois, elle considère que la marge de manoeuvre dont dispose chaque Etat dépend, en l'espèce, de l'existence d'un dénominateur commun dans les Etats sur cette question (para. 49-50). Son raisonnement est donc presque plus « politique » que juridique. Dès lors qu'un « nombre grandissant » d'Etats ne discriminent plus les relations homosexuelles – et que la législation autrichienne en cause a elle-même été modifiée –, la Cour européenne se sent plus à l'aise pour sanctionner la version de cette législation applicable aux faits de l'espèce. Ce faisant, elle néglige tout examen juridique : rien n'est dit sur la comparabilité des situations (avec des relations hétérosexuelles ou lesbiennes) ou l'objectif poursuivi par les différentes dispositions de la législation

⁷²¹ Au motif qu'elle entendait pratiquer un abattage rituel selon des modalités plus strictes.

⁷²² La distinction opérée par les autorités françaises concernait deux associations appartenant à la même religion (juive) ; il n'en demeure pas moins qu'elle était dictée par des motifs ayant trait à la religion.

régissant celles-ci. Elle se contente de constater que le gouvernement autrichien n'a pas été en mesure de présenter des raisons convaincantes et sérieuses justifiant la différence de traitement (para. 53)⁷²³.

L'arrêt *Karner* illustre également le caractère casuistique de l'approche retenue par la Cour européenne. Le requérant vivait avec son compagnon homosexuel dans un appartement à Vienne, que ce dernier avait loué. Lorsque celui-ci décéda⁷²⁴, le propriétaire de l'appartement engagea une procédure en résiliation du bail. La législation autrichienne sur les baux à loyers prévoit que, outre le conjoint, le « compagnon de vie » peut succéder au locataire sous certaines conditions. Selon cette législation, un « compagnon de vie » est une personne qui a vécu dans l'appartement avec le précédent locataire jusqu'à la mort de ce dernier pendant au moins trois ans en formant un ménage d'un point de vue économique comme dans le cas d'un mariage. La cour suprême autrichienne avait considéré que cette législation devait être interprétée à la lumière de l'intention du législateur lors de l'adoption de cette loi, lequel n'avait pas pu vouloir inclure les partenariats homosexuels. La Cour européenne rappelle tout d'abord son arrêt *Salgueiro da Silva Mouta* et procède à une réelle assimilation entre différence fondée sur l'orientation sexuelle et différence de traitement fondée sur le sexe (para. 37) pour conclure, exactement comme à l'égard de cette dernière, que la différence fondée sur l'orientation sexuelle exige des raisons particulièrement sérieuses. Comme dans l'affaire *Mazurek*, concernant la naissance hors mariage (voir *ci-dessous*), elle admet que la protection de la famille traditionnelle peut constituer une telle raison importante et légitime. Toutefois, elle conclut à l'existence d'une discrimination contraire à l'article 14, car elle estime que le moyen choisi pour atteindre cet objectif légitime ne respecte pas le principe de proportionnalité. En particulier, elle constate que les autorités autrichiennes n'ont pas démontré que la réalisation de cet objectif exigeait l'exclusion des partenaires homosexuels du champ d'application personnel de la législation sur les baux à loyers. Cette conclusion doit être approuvée. Néanmoins, si l'on confronte cet arrêt à celui rendu dans *Fretté*, on ne peut s'empêcher de constater le caractère plus pragmatique que réellement juridique de son raisonnement : dès lors que les faits ne concernent pas un domaine faisant l'objet de solutions disparates entre les Etats, elle se montre résolue à condamner fermement les différences fondées sur l'orientation sexuelle, mais essentiellement pour non-respect du principe de proportionnalité. En revanche, dès que la différence de traitement intervient dans un domaine plus

⁷²³ *Comp. infra* l'arrêt *Hess* de la Cour suprême du Canada et le *writ of certiorari* de la Cour suprême US dans l'aff. *Limon* et mes commentaires. Dans l'affaire *B.B.* de 2004 portant sur une problématique similaire au Royaume-Uni, la Cour européenne adopta la même position en renvoyant simplement à son arrêt *L. et V.*

⁷²⁴ Je n'aborde pas ici la question de savoir si, au regard de l'article 34 de la Convention, le requérant pouvait prétendre être une « victime d'une violation », l'appartement étant loué par son compagnon défunt. La Cour européenne répond affirmativement à cette question (para. 25-27) faisant jusque là l'objet d'une jurisprudence peu claire.

« sensible », la Cour européenne tend à se retrancher derrière la « large marge de manoeuvre » reconnue aux Etats au terme d'un raisonnement juridique pas toujours très rigoureux⁷²⁵.

- *La nationalité*. Dans l'affaire *C./Belgique*, dans laquelle l'arrêt fut rendu à peine un mois avant l'arrêt *Gaygusuz*⁷²⁶, le requérant se plaignait d'être discriminé, par rapport aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, en matière d'expulsion. La Cour européenne affirme seulement (para. 38) que « *pareil traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre* ». Cet arrêt ne fait certes que confirmer l'arrêt *Moustaquim* de 1991, mais il n'en demeure pas moins que la motivation, très sommaire⁷²⁷, de la Cour européenne ne semble pas corroborer l'idée que des distinctions fondées exclusivement sur la nationalité doivent impérativement être justifiées par des considérations très fortes⁷²⁸. La décision

⁷²⁵ La décision d'irrecevabilité prononcée dans l'affaire *Mata Estevez* illustre ce constat. Dans cette affaire, le plaignant revendiquait l'octroi d'une pension de survivant suite au décès de son compagnon homosexuel avec lequel il avait vécu plus de dix ans. Pour rejeter sa requête, la Cour européenne se fonde essentiellement sur la large marge de manoeuvre des Etats en matière de reconnaissance légale et juridique des unions de fait, et donc l'absence d'un dénominateur commun « amplement partagé ». Mais à l'argument du requérant selon lequel la législation espagnole prévoyait l'octroi de la pension de survivant au partenaire hétérosexuel, elle se borne à répondre que, ce faisant la législation espagnole prenait simplement en compte la situation des personnes vivant maritalement et qui étaient dans l'impossibilité de se marier en raison de l'interdiction du divorce avant 1981, de sorte que « *le lien du mariage constituait une condition essentielle pour l'ouverture du droit [...] et que, même dans l'hypothèse signalée par le requérant, elle était sous-jacente à la reconnaissance du droit* ». Ce raisonnement paraît un peu court dès lors que les personnes auxquelles le requérant se comparait étaient également des partenaires non mariés. Or, la Cour européenne ne se livre à aucun examen de la comparabilité des situations ni à une analyse des raisons qui pourraient justifier la différence de traitement entre les deux groupes. Si l'on transpose strictement cette attitude au cas *Karner*, on peut se demander quelle aurait été sa réaction si la législation autrichienne réservait la protection du locataire contre l'expulsion au seul *conjoint* survivant ? Même dans cette situation, il pourrait être argué que le moyen utilisé pour atteindre l'objectif de protection de la famille traditionnelle, décrit comme légitime par la Cour européenne, violerait le principe de proportionnalité (pour quel motif cet objectif justifierait-il l'exclusion des partenariats homosexuels ?). Et pourtant, on peut se demander si la Cour européenne se risquerait à conclure de manière similaire, dès lors que pareille conclusion affecterait, même indirectement, la large marge de manoeuvre des Etats en matière de mariage ? *Contra*. Ph. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 663 et 680, lequel semble considérer que le raisonnement utilisé dans *Karner* serait aussi applicable en ce qui concerne le droit des homosexuels à mener leur vie de couple et de famille, et que suite à l'arrêt *Fretté*, la Cour européenne ne pourrait plus, aujourd'hui, se retrancher, comme elle l'a fait dans *Mata Estevez*, derrière l'absence de dénominateur commun.

En 2004, dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, la House of Lords, s'appuyant sur *Karner*, renversa sa jurisprudence, datant seulement de 2001, sur un point identique.

⁷²⁶ L'arrêt *Gaygusuz* fut confirmé intégralement en revanche dans l'affaire *Koua Poirrez*, mais celui-ci portait sur une question quasi-identique.

⁷²⁷ Comme l'a écrit E. Bribosia, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans l'Union européenne à la lumière de la protection des droits fondamentaux » in *Union européenne et nationalités – le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, pp. 189 et 216, le raisonnement de la Cour européenne « brille par son laconisme ».

⁷²⁸ L'argumentation m'aurait paru plus solide si la Cour européenne avait estimé que le fait que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique distinct constitue une « considération très forte » qu'elle ne peut ignorer, plutôt que de ne voir dans cette circonstance qu'une simple « justification objective standard ». *Contra* : E. Bribosia, laquelle considère (p. 217) que la motivation de la Cour européenne est

déclarant irrecevable la requête dans l'affaire *L.B.* en 2002 renforce cette impression, la Cour européenne y adoptant une position très formaliste sur la notion même de « discrimination fondée sur la nationalité ». Un ressortissant hongrois, qui avait obtenu la nationalité autrichienne, sollicita la possibilité de faire des contributions volontaires au régime de pensions pour employés pour ses périodes de formation acquises en Hongrie. Selon la législation autrichienne applicable, seules les périodes de formation effectuées en Autriche pouvaient donner lieu à contributions volontaires. La Cour européenne estime que la discrimination en cause n'est pas fondée sur l'origine nationale et que le critère retenu par la législation autrichienne n'apparaît pas « déraisonnable » ou « arbitraire ». Cette législation semble pourtant créer une discrimination *indirecte* fondée sur la nationalité, dans la mesure où la condition litigieuse affecte, à l'évidence, beaucoup plus les ressortissants étrangers que les nationaux⁷²⁹.

- *La naissance hors mariage.* Dans l'affaire *Mazurek*, lorsque la mère du requérant décéda, elle laissait deux enfants, un enfant naturel, légitimé par mariage, et le requérant, enfant adultérin. Ce dernier dénonçait le caractère discriminatoire de la législation française limitant les droits successoraux des enfants adultérins. Rappelant son arrêt *Inze*, la Cour européenne déclare tout d'abord (para. 49) que seules des considérations très fortes pourraient justifier une distinction fondée sur un tel critère. Mais elle ajoute immédiatement (para. 50) « *qu'il ne peut être exclu que le but invoqué, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime* ». Elle conclut finalement au caractère discriminatoire de la législation en raison du manque de « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé. Son analyse est toutefois construite de manière standard, sans réel égard à la jurisprudence *Inze*, puisqu'elle assimile en l'espèce « légitimité du but poursuivi » et « existence d'une considération très forte », amoindrissant de la sorte de manière

critiquable au regard du droit international général au motif que « si le raisonnement adopté par la Cour dans ses arrêts *Moustaquim et Chorfi* [C./Belgique] devait être accepté, il suffirait pour des Etats désireux de ne pas appliquer les droits reconnus par la CEDH sans discrimination qu'ils passent entre eux un accord international créant un ordre juridique spécifique ». Cette conclusion tend néanmoins à nier la possibilité pour les Etats membres de l'Union européenne d'adopter des règles spécifiques dans certains domaines, tel celui de la libre circulation des travailleurs par exemple. Or, considérer que l'article 39 CE, par exemple, qui réserve ce droit de libre circulation aux seuls ressortissants des Etats membres, puisse être contraire à la CEDH ou au droit international général ne me paraît pas sérieux. Dans le même sens, voy. également les remarques formulées par P. Martens, « Le principe d'égalité et le droit du travail », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1997, p. 435, sur ce point à propos de la question de l'application du principe d'égalité entre nationaux et non nationaux. Il estime notamment que le législateur peut déroger à la protection constitutionnelle à condition de se fonder sur des « différences objectives, parmi lesquelles peut se trouver la nationalité ». Il n'en demeure pas moins que E. Bribosia a raison (p. 218) de fustiger le laconisme de la Cour européenne et de souhaiter qu'elle « se donne la peine de démontrer l'existence de considérations très fortes ».

O.M. Anardottir, pp. 150-151, estime que la nationalité ne devrait être considérée comme critère soumis à un examen plus strict de la Cour européenne que lorsqu'il peut être assimilé à une différence fondée sur l'origine ethnique, et donc la race.

⁷²⁹ Sur cette question, voy. P. Mavridis, pp. 515 et 516.

notable l'effet utile de ce dernier concept⁷³⁰. Et ce d'autant plus que, alors qu'elle rappelle elle-même que la Convention est un instrument vivant, la Cour européenne suit une approche que l'on pourrait juger assez conservatrice en considérant que la « protection de la famille traditionnelle » est une « considération très forte » pouvant justifier le cas échéant une discrimination.

Dans l'arrêt *Camp et Bourimi*, c'est également le non-respect du principe de proportionnalité qui fait pencher la balance. La Cour européenne estime que la protection des héritiers légitimes peut être un objectif légitime, mais que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont disproportionnés en ce qu'il excluent totalement les héritiers nés de relations hors mariage que le père n'a pas pu reconnaître avant son décès (para. 39).

Dans l'affaire *Sahin*, la Cour européenne était confrontée à la question de savoir si la réglementation du droit de visite des pères d'enfants nés hors mariage était défavorable à ceux-ci si on la compare à la situation réservée aux pères divorcés⁷³¹. Ici encore, la Cour européenne s'appuie sur son arrêt *Inze* (para. 57)⁷³² et rappelle que seules des considérations très fortes pourraient justifier une distinction fondée sur un tel critère. Mais ici aussi son analyse est construite de manière standard, sans réel égard à l'esprit de la jurisprudence *Inze*. Elle se borne à constater qu'elle n'est pas persuadée par les arguments présentés par le gouvernement défendeur, « qui se fonde sur l'idée générale que les pères d'enfants nés hors mariage ne manifestent pas d'intérêt pour le maintien de contacts avec leurs enfants et peuvent mettre fin à tout moment à une relation non maritale » (para. 58)^{733 734}.

La position de la Cour européenne dans l'affaire *Odièvre*, dans laquelle la plaignante était née sous X, illustre également la valeur toute relative de la jurisprudence sur les « considérations très fortes » et l'applicabilité à géométrie variable de celle-ci. La Cour européenne ne déclare même plus qu'une distinction fondée sur l'établissement de la filiation ne peut être justifiée que par des considérations

⁷³⁰ Ce constat est encore plus frappant à la lecture de l'arrêt *Merger et Cros*, portant sur une question similaire, la Cour européenne se limitant à rappeler son raisonnement standard dans l'application de l'article 14 sans référence aucune au caractère particulier de la naissance hors mariage comme critère de différenciation (para. 48).

⁷³¹ Elle avait déjà été saisie d'une question similaire dans l'affaire *Elsholz*, mais dans celle-ci elle avait jugé, compte tenu des circonstances factuelles de l'espèce, que la disposition contestée « n'aurait pas abouti à une approche différente de celle qui aurait prévalu dans le cas d'un couple divorcé ».

⁷³² Formellement sur son arrêt *Camp et Bourimi* dans lequel, elle s'appuyait spécifiquement sur *Inze*.

⁷³³ Dans l'arrêt de Grande Chambre qui confirme intégralement l'arrêt de chambre, la Cour européenne se borne à déclarer qu'elle ne discerne aucune forte raison justifiant la différence de traitement (para. 94).

⁷³⁴ On pourrait néanmoins se demander pourquoi les requérants n'avaient pas invoqué une discrimination fondée sur le sexe. En effet, les dispositions pertinentes, à l'époque, du droit allemand prévoyaient, d'une part, que « la garde d'un enfant mineur né hors mariage est exercée par la mère de l'enfant » et, d'autre part, que « la personne ayant la garde de l'enfant décidera le droit de visite du père ». Sans aller jusqu'à prétendre que ces dispositions étaient nécessairement discriminatoires, il n'en reste pas moins qu'elles semblaient créer une distinction fondée sur le sexe ne permettant, en aucune circonstance, à un père d'obtenir la garde de son enfant né hors mariage. Une même remarque pourrait être formulée à l'égard de la décision (sur la recevabilité) dans l'affaire *Nekvedavcius*, concernant également le droit de visite d'un père à l'égard d'un enfant né hors mariage.

très fortes. Il convient de préciser que le rejet de la requête se fait sans aucune motivation, ce qui peut expliquer l'absence de mention de la jurisprudence *Inze*.

L'affirmation de la Cour européenne selon laquelle « seules des considérations très fortes » peuvent l'amener à considérer comme compatibles avec la Convention des distinctions fondées sur certains critères constitue un développement important dans sa jurisprudence. Il semble néanmoins qu'il reste pour l'instant soumis à des aléas susceptibles d'amoindrir considérablement son effet utile. La motivation de l'arrêt *Petrovic* par exemple semble en effet faire dépendre le déclenchement de celle-ci de l'existence ou non d'un dénominateur commun⁷³⁵ dans une majorité d'Etats dans le domaine en cause plutôt que du caractère de principe général du droit de l'égalité entre les sexes⁷³⁶. Par ailleurs, l'arrêt *Mazurek* semble relativiser la notion même de « considération très forte ».

Selon O.M. Anardottir⁷³⁷, cette approche ambiguë de la Cour européenne, pourrait s'expliquer par la nature différente des intérêts en cause. Ainsi, s'agissant de la nationalité, la Cour européenne serait prête à une plus grande rigueur lorsque est en cause un droit patrimonial (*Gaygusuz*) que lorsque est recherché un droit de résidence (*Moustaquim*). De même, lorsque le critère de différenciation est la religion, elle serait plus souple – c'est-à-dire reconnaîtrait une marge de manœuvre beaucoup plus large à l'état – lorsqu'il s'agit de règles gouvernant les relations entre les différentes religions et l'état (*saints monastères*). Cette analyse paraît effectivement refléter la réalité jurisprudentielle. Elle ne justifie toutefois en rien celle-ci. En effet, si ces différents critères de différenciation sont réellement « particuliers » et justifient une approche différenciée, c'est-à-dire un examen strict de la cause de justification avancée et du rapport de proportionnalité, ils doivent l'être dans toutes les situations, sinon la prémisse même sur laquelle repose le raisonnement de la Cour européenne – *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe, la religion, ...* – perd son sens et sa valeur. Cela étant, le respect d'un examen strict ne signifie pas nécessairement une impossibilité de justification, notamment en fonction des intérêts en cause. Des nuances dans ce qui, à l'issue d'un même examen strict, est justifiable ou non peuvent en effet légitimement apparaître.

§ 3 – Cour européenne et Cour de justice : éléments de convergence et de divergence

⁷³⁵ Or, comme le souligne M.-T. Meulders-Klein, « Egalité et non-discrimination en droit de la famille – le rôle du juge », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 1185 et 1198, les juges de la Cour européenne ne se semblent se fonder sur l'existence d'un tel dénominateur commun « que d'une manière discrétionnaire et en opportunité, au cas par cas ».

⁷³⁶ L'arrêt *Tekeli*, concernant l'interdiction faite aux femmes mariées en Turquie de pouvoir porter leur seul nom de jeune fille, confirme ce constat. Bien qu'elle mentionne – presque en passant – que seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence fondée sur le sexe, la Cour européenne fonde sa conclusion d'une violation de l'article 14, combiné à l'article 8, sur le seul examen du large consensus qui se dessine au sein des Etats contractants quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité (para. 61).

⁷³⁷ P. 168-171.

I – Distinction entre discriminations directes et indirectes

En droit communautaire, une discrimination est dite « directe » (ou ouverte), lorsque la différence de traitement est fondée directement sur un motif de distinction prohibé expressément (nationalité, sexe, ...). Une discrimination est dite « indirecte » (ou déguisée), lorsque la différence de traitement n'est pas fondée sur un tel motif expressément prohibé de distinction, mais repose sur un motif d'apparence neutre (exemple : condition de durée de résidence ou exigence de travail à temps plein), mais qui, en réalité, a les mêmes effets qu'une distinction fondée directement sur un motif expressément prohibé. Initialement, la distinction est née de la nécessité d'étendre le champ d'application des discriminations interdites au-delà des seuls motifs expressément prohibés par le traité CEE⁷³⁸ sans que cette distinction n'emporte, en elle-même, la moindre conséquence, les deux types de discrimination ne pouvant être justifiés que par des raisons d'intérêt général expressément prévues par le traité (ordre public, sécurité publique, santé publique). Les conséquences de cette distinction sont devenues aujourd'hui particulièrement confuses dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux quatre libertés (surtout depuis la fin des années quatre-vingt – voy. *supra*). Dans le domaine de l'égalité hommes-femmes, la Cour de justice maintient jusqu'à présent sa jurisprudence selon laquelle une discrimination directe ne tolère aucune cause de justification.

Cette même distinction existe-t-elle dans la CEDH ? La question est intéressante dans la mesure précisément où la jurisprudence de la Cour de justice ces dernières années a fortement diminué l'impact de l'interdiction des discriminations indirectes en permettant aux Etats membres de justifier celles-ci par des « raisons impérieuses », notion au contenu et aux contours extrêmement flous.

La réponse est négative. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela. D'une part, l'article 14 CEDH contient une liste de motifs de discrimination prohibée beaucoup plus large que celle initialement contenue dans le traité CEE, de sorte qu'on peut penser que le recours à la notion de discrimination indirecte n'était pas nécessaire⁷³⁹. D'autre part, l'extension de la notion de discrimination, réalisée par voie de jurisprudence par la Cour de justice dans l'arrêt *Sotgiu*⁷⁴⁰, correspondait à une réelle nécessité pratique d'éviter que le champ d'application des dispositions du traité CEE sur la libre circulation des travailleurs ne soit réduit par le simple fait d'Etats membres contournant l'interdiction des discriminations directes par l'instauration de discriminations fondées sur des motifs « cachés ». Une telle nécessité ne s'imposait pas à la Cour européenne. Sa définition de la notion de discrimination

⁷³⁸ Voy l'arrêt *Sotgiu*.

⁷³⁹ Mais à cet argument, on pourrait rétorquer que les directives 200/43 et 2000/78 (voir *supra*), qui contiennent elles aussi une liste plus étendue de motifs de discrimination prohibée, prévoient explicitement l'interdiction des discriminations ouvertes et déguisées.

⁷⁴⁰ Lequel consacre une jurisprudence bien plus ancienne relative au traité CECA (arrêt *groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises* de 1956).

donnée dans l'arrêt *régime linguistique* est beaucoup plus souple, lui offrant ainsi une marge de manœuvre et d'appréciation plus étendue.

Il peut toutefois être affirmé que tous les motifs de discrimination visés par l'article 14 ne sont pas « égaux », la Cour européenne ayant jugé que certaines différences de traitement ne peuvent être justifiées que si la cause de justification repose sur « des considérations très fortes ». Ce faisant, la Cour européenne adopte une démarche similaire à celle suivie par le Cour suprême US dans l'interprétation du 14e Amendement à la Constitution américaine (*voy infra*).

II – Emprunt du concept de raison impérieuse

Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes en droit communautaire, la Cour de justice a, comme elle l'avait fait dans le domaine des libertés fondamentales, procédé à une distinction entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte »⁷⁴¹. Dans ce domaine, une discrimination est dite indirecte, lorsqu'elle s'appuie sur une condition qui, bien que formulée en termes neutres, affecte un pourcentage considérablement plus important de travailleurs d'un seul sexe. Contrairement à sa jurisprudence « traditionnelle » dans le domaine des quatre libertés, la Cour de justice a, dès l'origine, appliqué un raisonnement différent en ce qui concerne la possibilité de justifier ces deux types de discrimination dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. Seules les discriminations dites indirectes sont justifiables au moyen de ce que la Cour de justice appelle des « facteurs objectifs » ou « raisons impérieuses », qu'il s'agisse « d'objectifs de politique sociale » des Etats membres ou de « besoins impérieux » des entreprises. Traditionnellement, la Cour de justice s'est montrée beaucoup plus souple dans l'acceptation des « raisons impérieuses » invoqués par les Etats membres, particulièrement dans le domaine de la sécurité sociale⁷⁴².

Dans une affaire dans laquelle était invoquée une discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de la sécurité sociale, la Cour européenne a « importé » le langage de la Cour de justice en faisant référence, pour la première fois, à la notion de « raison impérieuse » permettant de justifier une distinction entre hommes et femmes, mais elle n'a pas « importé » les conditions auxquelles est soumise l'invocation de ces « raisons impérieuses ».

M. *van Raalte* est un citoyen néerlandais, célibataire sans enfants, astreint au paiement de cotisations dans le domaine de la sécurité sociale. Il dénonça le fait que les femmes célibataires, sans enfants, de quarante-cinq ans et plus étaient exonérées de l'obligation de verser des cotisations au titre de la loi générale sur les allocations familiales. Examinant le grief relatif à la violation de l'article 14, la Cour européenne déclare (para. 42) que « si les Etats contractants jouissent, au regard de la

⁷⁴¹ Affaire *Jenkins*.

Convention, d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'introduction d'exonérations permettant d'échapper à de telles obligations de cotiser, l'article 14 exige que toute mesure de ce type s'applique en principe dans les mêmes conditions aux hommes et aux femmes, *sauf à produire des raisons impérieuses justifiant une différence de traitement* »⁷⁴³.

Cette formulation est intéressante. En vertu de l'approche dégagée dans l'affaire *Abdulaziz* (voir *ci-dessus*), elle aurait dû, normalement, déclarer que seules « des considérations très fortes » pourraient l'amener à estimer pareille législation compatible avec la Convention. Elle reprend néanmoins une formulation empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice.

Le raisonnement suivi est également intéressant. En effet, la discrimination instaurée entre hommes et femmes par la législation néerlandaise était directe, c'est-à-dire directement fondée sur le sexe des travailleurs. Dans un tel cas, la Cour de justice aurait normalement refusé d'examiner la « raison impérieuse » avancée par l'Etat défendeur⁷⁴⁴. La Cour européenne suit un autre raisonnement, conforme à sa propre jurisprudence, laquelle ne connaît pas la distinction entre discriminations directes et indirectes. Elle examine donc la raison impérieuse avancée et la rejette.

III – Possibilité de jurisprudences contradictoires ?

L'arrêt *van Raalte* témoigne de ce que la Cour de justice et la Cour européenne pourraient être appelées, simultanément ou consécutivement, à vérifier l'existence d'une discrimination dans un domaine relevant du champ d'application matériel tant du traité CE que de la CEDH ou de l'un de ses Protocoles, ce qui est le cas de la sécurité sociale. Comment dans pareil cas éviter l'émergence de solutions contradictoires ?

Une telle potentialité d'interventions simultanées ou consécutives des deux Cours, même lorsque ces interventions se traduisent par des conclusions divergentes, ne signifiera pas nécessairement conflit entre les deux juridictions. Ainsi, en 1992, la Cour de justice jugea dans l'affaire *Koua Poirrez* qu'un ressortissant français ne pouvait invoquer le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité inscrit à l'article 39 du traité pour obtenir une prestation sociale pour son fils, car il n'avait jamais exercé son droit à la libre circulation, et ne rentrait donc pas dans le champ d'application personnel de cette disposition. Onze ans plus tard, la Cour européenne arriva à un constat de violation de l'article 14 de la Convention, combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (droit de propriété), en raison

⁷⁴² Cette attitude de la Cour de justice a été critiquée en doctrine, voy. Ph. Martin, p.566.

⁷⁴³ Voy. également l'arrêt *Tekeli* concernant l'interdiction faite aux femmes mariées en Turquie de pouvoir porter uniquement leur nom de jeune fille. Bien qu'elle soit directe, la Cour européenne examine néanmoins si la discrimination *directe* ainsi créée peut être justifiée par des « raisons impérieuses ».

d'une discrimination fondée sur la nationalité commise au détriment du fils, adoptif et ressortissant d'un pays tiers, de M. Koua Poirrez. Une telle divergence d'approche, même si elle peut surprendre à première vue le lecteur non averti, n'appelle aucune critique sur le plan juridique. Compte tenu de l'absence d'applicabilité de l'article 39 du traité aux situations internes, la Cour de justice ne pouvait, en raison du champ d'application matériel limité de cette disposition, aboutir à une autre solution. Pareille limitation n'étant pas de mise dans le cadre de la CEDH, le Cour européenne n'éprouva aucune difficulté à constater une violation de l'article 14.

Une potentialité de conflit peut en revanche exister en dehors de cette situation spécifique.

Dans l'affaire *Roks*, la Cour de justice avait à juger de la compatibilité avec l'interdiction de discrimination entre hommes et femmes d'une réglementation néerlandaise subordonnant à une condition de revenu l'octroi d'une prestation de sécurité sociale (prestation d'incapacité de travail)⁷⁴⁵. Dans son arrêt, la Cour avait notamment conclu que le droit communautaire s'oppose à l'application d'une législation nationale faisant dépendre l'octroi d'une prestation d'incapacité de travail de la condition d'avoir perçu un certain revenu au cours de l'année précédant le début de l'incapacité, condition qui, bien que ne distinguant pas selon le sexe, affecte un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, même lorsque l'adoption de cette législation nationale est justifiée par des considérations d'ordre budgétaire.

Deux ans plus tard, la Cour de justice fut de nouveau invitée à se prononcer sur cette réglementation, la juridiction nationale ayant estimé peu claire la première réponse qui lui avait été fournie. Elle commence par affirmer que dans l'arrêt *Roks*, elle a expressément réservé l'examen de la question de savoir si, en tant que telle, une condition de revenu respecte le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle ajoute que si elle a jugé dans cet arrêt que si une discrimination indirecte en raison du sexe, découlant de l'application d'une condition de revenu ne peut être justifiée par des considérations d'ordre budgétaire, cette réponse négative que la Cour a donnée à

⁷⁴⁴ Tenir compte de la différence effective de situation entre les femmes âgées de plus de quarante-cinq ans et les hommes âgés de plus de quarante-cinq ans, du point de vue de leurs possibilités d'avoir (d'engendrer ou d'élever) des enfants.

⁷⁴⁵ A l'origine, cette réglementation entrée en vigueur le 1er octobre 1976, conférait aux hommes, ainsi qu'aux femmes non mariées, au terme d'une incapacité de travail d'une année, un droit à une prestation d'incapacité de travail dont le montant ne dépendait ni des autres revenus éventuels du bénéficiaire ni d'une perte de revenu subie par celui-ci. Le droit à une prestation avait été étendu aux femmes mariées en 1979. Cette loi avait en même temps subordonné le droit à prestation, pour tous les assurés à la condition que le bénéficiaire ait perçu, au cours de l'année précédant le commencement de son incapacité de travail un revenu déterminé. Cette condition de revenu était exigée de toutes les personnes dont l'incapacité de travail avait commencé après le 1er janvier 1979. En vertu de dispositions transitoires les hommes et les femmes non mariées, dont l'incapacité de travail avait commencé avant le 1er janvier 1979, continuaient à avoir droit à une prestation sans devoir satisfaire à la condition de revenu. Les femmes mariées dont l'incapacité était antérieure au 1er octobre 1975 n'avaient aucun droit à prestation, même si elles satisfaisaient à la condition de revenu. Quant à celles dont l'incapacité avait

cet égard ne saurait préjuger du sort à réserver à d'autres justifications éventuelles. Dans cette nouvelle affaire, *Posthuma-van Damme*, les autorités néerlandais invoquèrent un objectif de politique sociale, inhérent à de nombreux régimes de sécurité sociale, qui consiste à réserver le bénéfice d'une prestation déterminée aux personnes qui ont perdu des revenus à la suite de la survenance du risque que la prestation est destinée à couvrir. Compte tenu de la large marge de manœuvre traditionnellement laissée par la Cour de justice aux Etats membres lorsqu'un tel argument est invoqué, la Cour de justice conclut que la discrimination indirecte constatée était justifiée.

Neuf ans plus tard, la Cour européenne fut confrontée à une requête identique dans laquelle les intéressées invoquaient une violation de l'article 14 combiné avec le Protocole n° 1 (droit de propriété) (*Hoogendijk* (décision d'irrecevabilité)). La marge de manœuvre de la Cour européenne était très étroite, tant au niveau du constat d'une discrimination qu'à celui de sa justification. Pour pouvoir atteindre le même résultat que la Cour de justice, la Cour européenne dut en effet prendre quelques libertés avec sa propre jurisprudence.

S'agissant tout d'abord de l'existence d'une discrimination, elle constate tout d'abord que pour établir celle-ci, les requérantes invoquent des statistiques tendant à démontrer que la mesure affectait sensiblement plus les femmes que les hommes. Or, il découle de sa jurisprudence (arrêt *Jordan* – voy. section 1, § 3 – ainsi que la jurisprudence constante concernant les Kurdes) que, dans le contexte de l'article 14, la production d'une preuve statistique n'est généralement pas considérée comme déterminante par la Cour européenne et qu'elle n'implique pas un transfert de la charge de la preuve sur l'Etat concerné de prouver l'absence d'une discrimination. Dans l'affaire *Hoogendijk*, elle adopte une attitude diamétralement opposée et procède à un transfert de la charge de la preuve vers l'Etat néerlandais en affirmant que sans un tel transfert, il serait en pratique extrêmement difficile pour un requérant de prouver à suffisance l'existence d'une discrimination. Elle emprunte donc la ligne de raisonnement classique de la Cour de justice dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes.

S'agissant de la justification de cette discrimination ainsi constatée, elle considère, à l'instar de la Cour de justice, que l'argument de politique sociale avancé constitue un argument objectif et raisonnable et conclut dès lors au caractère irrecevable de la requête. Ce faisant, elle s'écarte de sa propre jurisprudence selon laquelle une discrimination fondée sur le sexe ne peut être sauvée que par des considérations très fortes, auxquelles il paraît difficile d'assimiler l'idée qu'en l'espèce elle « ne considère pas déraisonnable » la décision des autorités néerlandaises.

commencé entre le 1er octobre 1975 et le 1er janvier 1979, elles n'avaient droit à une prestation que si elles satisfaisaient à la condition de revenu.

CONCLUSIONS

Ambiguïté. Toute la jurisprudence de la Cour européenne sur l'article 14 de la CEDH est certainement empreinte d'ambiguïté. Sur le *rôle* de cette disposition dans le mécanisme de la Convention, mais aussi sur le *niveau* de la protection qu'elle offre.

L'ambiguïté du *rôle* de l'article 14 découle de la jurisprudence clair-obscur de la Cour européenne sur sa place dans la Convention. Certes, un principe de non-discrimination est inséré à l'article 14 de la Convention, mais, en outre, selon la Cour européenne, un tel principe est implicitement repris dans chacune des autres dispositions de celle-ci. Quel rôle – complémentaire ? subsidiaire ? ... - l'article 14 est-il dès lors encore appelé à jouer ? La jurisprudence de la Cour européenne n'apporte pas de réponse claire à cette question, pourtant essentielle.

Cette ambiguïté sur le rôle de l'article 14 a certainement influencé l'approche casuistique de la Cour européenne sur le *niveau de protection* contre les discriminations réellement assuré par cette disposition. Deux traits majeurs caractérisent toutefois l'approche de la Cour européenne. D'une part, et de manière constante, la marge discrétionnaire laissée aux Etats, qu'elle justifie par le fait que ces derniers sont le mieux placés pour apprécier les particularités de chaque situation et par le caractère subsidiaire de la protection offerte par la Convention. D'autre part, l'existence, au moins théorique, d'une approche différenciée selon le critère de différenciation, certains critères ayant été considérés comme méritant une approche particulièrement stricte. Cette dernière caractéristique n'est toutefois pas constante dans la jurisprudence, et certains arrêts renforcent le sentiment d'assez grande subjectivité que laisse parfois la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne.

Cette seconde caractéristique, même si son application n'est pas toujours cohérente, devrait néanmoins constituer une source de réflexion pour la Cour de justice, confrontée aujourd'hui à la multiplication des griefs interdits de discrimination. Les relations entre les deux cours ne sont toutefois jamais simples, et la prise en compte respective de leur jurisprudence les oblige parfois à quelques écarts de cohérence par rapport à leur propre jurisprudence.

Chapitre II - La Cour suprême des Etats-Unis

L'examen des principes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour suprême US dans le cadre d'une analyse des principes d'égalité et de non-discrimination en droit communautaire est indéniablement riche d'enseignements. L'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement, qui consacre un véritable droit à l'égalité devant la loi, a près de 140 ans et a fait l'objet d'une jurisprudence (évolutive) très abondante, dont les enseignements essentiels sur les concepts « d'égalité » ou « d'affirmative action », par exemple, ne peuvent être ignorés (section 1). Par ailleurs, alors que l'Union européenne vient de se doter d'une législation (deux directives) visant à combattre les discriminations fondées sur la race, l'âge, le handicap, la religion et l'orientation sexuelle, ignorer la jurisprudence de la Cour suprême US sur le *Civil Rights Act 1964*, et les législations spécifiques qui l'ont suivi, serait se priver d'une source de réflexion particulièrement opportune dans l'analyse du concept de « discrimination » et des différents motifs prohibés (section 2).

L'examen de la jurisprudence de la Cour suprême US exige cependant une sorte « d'information préalable au lecteur ». La politisation de sa composition, notamment, est un élément qui doit être gardé à l'esprit dans l'appréciation de sa jurisprudence⁷⁴⁶. Comme G. Scoffoni a pu l'écrire, les divisions relevées au cours de la dernière décennie au sein de la Cour suprême US se sont traduites par un nombre record d'arrêts rendus par une majorité d'une seule voix (cinq juges contre quatre⁷⁴⁷) et d'opinions séparées au sein de cette majorité, au point que « le remplacement d'un seul juge, en effet, pourrait conduire à un renversement de nombreux éléments de cette jurisprudence »⁷⁴⁸. La nomination

⁷⁴⁶ Dans sa thèse de doctorat consacrée à *L'affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis – le problème de la discrimination « positive »*, L.G.D.J. 1998, G. Calvès illustre fort à propos l'influence non négligeable de cette politisation à propos du problème sensible de « l'affirmative action », voy. particulièrement pp. 114 à 127.

⁷⁴⁷ Et cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'interprétation du 14^e Amendement et du *Civil Rights Act 1964*. On pourrait regretter que la Cour de justice ne connaisse pas le système des opinions concordantes ou dissidentes, à l'instar de la Cour suprême US, de Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour suprême du Canada ou des High Court et Federal Court australiennes. Les arrêts de la Cour de justice, de plus en plus souvent le fruit d'un compromis entre juges – phénomène qu'amplifie encore l'accroissement du nombre de juges résultant de l'adhésion des nouveaux Etats membres – sont de plus en plus souvent ambigus ou sujets à interprétations divergentes, ce qui inévitablement nuit à la sécurité juridique. Or, les arrêts que la Cour de justice sera amenée à rendre sur des questions difficiles liées, par exemple, à l'interprétation des directives 2000/43 et 2000/78 ou à celle de l'article II-80 de la Constitution devront, pour assurer leur crédibilité, reposer sur une motivation détaillée. Lors d'une conférence donnée à Bruxelles le 20 octobre 2003 (« How to interpret legislation which is equally authentic in twenty languages »), l'avocat général Jacobs s'est exprimé contre une telle modification des règles actuelles, au motif que l'existence d'une seule opinion commune permet de « fusionner toutes les perspectives nationales ». Cet argument ne convainc pas. Au contraire, comme l'ont souligné les *Justices* Ginsburg et O'Connor de la Cour suprême US, la pratique des opinions dissidentes reflète la confiance accordée à son propre droit, révèle la solidité du système juridique et constitue une reconnaissance publique que des interprétations divergentes sont légitimes, voy. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998.

⁷⁴⁸ G. Scoffoni, dans sa revue de la jurisprudence de la Cour suprême US pour le « term 1996-1997 », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997, p. 595. Au cours de l'année judiciaire commençant en octobre 2000 (*October 2000 Term*), la Cour suprême US a rendu 33% de ses 79 décisions par un vote 5-4, soit le plus

des juges à la Cour suprême US est toutefois transparente⁷⁴⁹ et leur « coloration politique » n'est un mystère pour personne⁷⁵⁰. Cette transparence, qui permet de mieux jauger l'influence de la composition de la Cour suprême US sur l'évolution de sa jurisprudence, s'étend même au recrutement des assistants des juges⁷⁵¹ (*clerks*)^{752 753}.

haut taux depuis plus de 10 ans. Les juges O'Connor et Kennedy sont généralement considérés comme étant ceux dont le vote peut faire basculer une majorité ; ce sont les deux seuls juges ayant été moins de 10 fois dans la minorité au cours du *October 2000 Term* (9 fois pour la juge O'Connor et 7 fois pour le juge Kennedy), voy. R. Cambreleng, C. Fick, M. Nguyen et M. Rollins, « In Review : October 2000 Terms United States Supreme Court », *The Oregon Advocate*, 2001, p. 185. Ce taux a à peine baissé pour le *October Term 2001* puisque 21 arrêts sur 79 l'ont encore été par un vote « 5-4 ». Durant le *Term 2002*, 15 arrêts furent rendus « 5-4 », la juge O'Connor formant une majorité avec les juges libéraux à quatre reprises. Durant le *Term 2003*, 19 arrêts ont été rendus 5 voix contre 4, la juge O'Connor ayant joint la « minorité libérale » à quatre reprises pour former une majorité. C'est pourquoi, certains n'hésitent pas à la décrire comme la femme la « plus puissante d'Amérique », « Courting O'Connor – Why the Chief Justice isn't the Chief Justice », *Washington Post*, édition électronique du 4 juillet 2004, p. W10.

⁷⁴⁹ En ce qui concerne la nomination des juges à la Cour de justice, le Parlement a exprimé à plusieurs reprises son souhait de pouvoir organiser des « hearings » semblables à ceux auxquels sont soumis les juges proposés par le Président des Etats-Unis. L'article III-262 de la Constitution prévoit l'intervention d'un comité appelé à donner son avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour et du Tribunal, préalablement à la décision des Etats membres ; un des sept membres de ce comité sera proposé par le Parlement. A. Arnall, « Judicial Architecture or Judicial Folly », *The Future of the Judicial System of the European Union*, A. Dashwood et A. Johnston ed, Hart Publishing, 2001, p. 48, se prononce également en faveur d'un système similaire à celui en vigueur aux Etats-Unis.

⁷⁵⁰ Ainsi, le juge Scalia est parfois désigné comme le « most visible judicial conservative in America today », D. Carpenter, « A Conservative Defense of *Romer v. Evans* », *76 Indiana Law Review* (2001), pp. 403 et 404. Pour une présentation de la « coloration politique » des 9 juges actuels, voy. S.L. Martino, « Change on the Horizon : A Prospective Review of the Nomination and Confirmation Process of the United States Supreme Court », *41 Washburn Law Journal* (2001), p. 164. Il est également intéressant de noter que les neuf juges en place en 2004 le sont depuis 1994. Une période aussi longue sans changement n'était plus intervenue depuis les années 1820 (1811-1823). Il n'en demeure pas moins que bien que nommés par des présidents républicains, plusieurs juges durant les trente dernières années se sont parfois associés aux juges libéraux sur des questions essentielles (par exemple, le juge Kennedy, nommé par le président Reagan, a permis, dans *Planned Parenthood v. Casey* de sauver *Roe v. Wade* et le droit à l'avortement) ou ont même « changé de camp » de façon plus générale (par exemple le juge Blackmun, nommé par le président Nixon, ou le juge Souter, nommé par le président Bush père) – *Washington Post*, 7 mars 2004, éd. électronique, p. A11, « Papers Underline Issues of Controlling Court » détaillant les archives du juge Blackmun rendues publiques par la bibliothèque du Congrès.

⁷⁵¹ « Les membres de la Cour suprême privilégient ainsi traditionnellement l'expérience acquise par de jeunes juristes ayant exercé la fonction d'assistant auprès de juges « amis » qui les recommandent. Certains juges fédéraux se révèlent même des pourvoyeurs réguliers d'assistants à la Cour suprême », G. Scoffoni, p. 600. Ainsi, vingt-trois des cinquante-six *clerks* recrutés par le juge Thomas jusqu'en 2004 le furent auprès de seulement deux juges de cours d'appel fédérales – *Washington Post*, 11 octobre 2004, éd. Électronique, p. A 11, « Culling the Reputable, Reliable, Right-Leaning ».

⁷⁵² Comme les juges de la Cour de justice ont leurs « référendaires ». Il ne semble guère imaginable, et on pourrait le regretter, que dans un avenir prévisible une même transparence s'applique lors du recrutement de leurs assistants par les juges de la Cour de justice.

⁷⁵³ Pour une présentation de la Cour suprême US, et notamment des modalités de désignation de ses juges, leur statut, leurs compétences, voy. E. Zoller, « La Cour suprême des Etats-Unis – Présentation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998, et S.L. Martino pour une présentation du *confirmation process* par le Sénat.

Section 1 – Le XIV^e Amendement à la Constitution, une protection constitutionnelle hiérarchisée de l'égalité

« *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness* »⁷⁵⁴. Cette citation, tirée de la Déclaration d'Indépendance de 1776, montre que l'affirmation d'une égalité devant la loi était déjà présente lors de la naissance des Etats-Unis⁷⁵⁵. Ce principe d'égalité fut traduit plus concrètement dans le 14^e Amendement au milieu des années 1860⁷⁵⁶⁷⁵⁷, lequel contient l'*Equal Protection Clause* (ci-après EPC)⁷⁵⁸ :

« Section 1 : *All persons born or naturalised in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

Section 5 : *The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article* »⁷⁶⁰.

Le concept d'une *Equal Protection analysis* fut également introduit par la Cour suprême US dans le 5^e Amendement, bien que celui-ci ne contienne pas, en tant que tel⁷⁶¹, une EPC :

⁷⁵⁴ Déclaration d'Indépendance de 1776, para. 2 : *Nous tenons ces vérités pour évidentes par elles-mêmes, que tous les hommes sont créés égaux, qu'ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables, que parmi ceux-ci figurent la vie, la liberté et la recherche du bonheur* ».

⁷⁵⁵ ... Même s'il faudra attendre la seconde moitié du XX^e siècle pour que cette égalité soit étendue à toutes les personnes sans distinction de race.

⁷⁵⁶ L'adoption du XIV^e Amendement constitua notamment une réponse à l'arrêt *Dred Scott* de la Cour suprême US de 1857 dans lequel celle-ci avait jugé que les esclaves noirs n'étaient pas des citoyens ... mais des biens ; T.C. Fischer, « European « Citizenship » : In its Own Right and in Comparison with the United States », 5 *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2002-2003 (2004), pp. 357 et 365. Pour une présentation très détaillée des différentes « racines » du 14^e Amendement ainsi que de sa signification à l'origine, voy. G.N. Magliocca, « The Cherokee Removal and the Fourteenth Amendment », 53 *Duke Law Journal*, 2003, p. 875.

⁷⁵⁷ Des tentatives pour inclure un (prédestiné) quatorzième Amendement, lors de l'adoption de la Constitution par le premier Congrès en 1787 et proposant une protection égale de la loi contre les actions des états, mais d'application fort limitée, échouèrent ; voy. J.S. Liebman et B.L. Garrette, « Madisonian Equal Protection », 104 *Columbia Law Review*, 2004, p. 839 et 928.

⁷⁵⁸ Les constitutions des états contiennent également parfois une clause de protection égale de la loi.

⁷⁵⁹ Pour une présentation des débats ayant entouré l'adoption du 14^e Amendement en 1866, voy. *Afroyim v Rusk*

⁷⁶⁰ Section 1 : « *Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois* ».

Section 5 : « *Le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article par une législation appropriée* ».

*« No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation »*⁷⁶².

La section 1 du 14^e Amendement offre une réelle égalité devant la loi⁷⁶³, à l'inverse des articles 12 et 13 CE, lesquels ne jouent que contre les discriminations fondées sur certains motifs, ou de l'article 14 de la CEDH qui n'offre une protection que contre les discriminations pouvant survenir dans les domaines couverts par les droits reconnus par les autres dispositions de la Convention et de ses protocoles additionnels. Le Protocole n° 12 à la Convention, institue lui aussi une réelle égalité devant la loi, tout comme l'article II-80 de la Constitution.

En revanche, la section 1 du 14^e Amendement n'offre, comme l'article 14 CEDH, une protection que contre les actions des états. Il ne protège pas contre les comportements émanant de personnes privées⁷⁶⁴ ou du gouvernement fédéral, les actions de ce dernier étant en revanche soumises à la « Due

⁷⁶¹ *Detroit Bank v. USA.*

⁷⁶² « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité »

⁷⁶³ L'affaire *Village of Willowbrook v. Olech* illustre cela. Dans cette affaire, la commune en cause refusait d'assurer la distribution en eau à l'un des résidents en raison d'une procédure menée antérieurement contre elle par l'intéressé. Le 7^e Circuit of Court of Appeals jugea qu'une telle attitude violait le principe de l'égalité devant la loi, même si aucun motif spécifique de discrimination n'était invoqué. Mais lorsque la différence de traitement n'est pas fondée sur un motif particulier, l'examen de constitutionnalité de la mesure instaurant cette différence n'est soumis qu'au *rational-basis review*, voy., par exemple, *Fitzgerald v. Racing Assn of Central Iowa*.

⁷⁶⁴ *Shelley v. Kraemer*. « The vital requirement is State responsibility, that somewhere, somehow, to some extent, there is an infusion of conduct by officials, panoplied with State power, into any scheme to deny protected rights », opinion concordante du juge Frankfurter dans *Terry v. Adams*, p. 473. En pratique, les choses ne sont pas toujours simples. Ainsi, par exemple, lorsque l'intention discriminatoire est celle d'une personne privée, la question peut se poser de savoir si l'Etat a encouragé celle-ci ou l'a soutenue. Dans l'affaire *Lombard v. Louisiana*, les demandeurs, trois étudiants noirs et un étudiant blanc, s'étaient attablés dans un restaurant de la Nouvelle-Orléans à un endroit réservé aux personnes de race blanche et demandaient à être servis. Cela leur fut refusé et il leur fut enjoint de quitter le restaurant, ce qu'ils refusèrent de faire. Ils furent inculpés pour violation d'une réglementation de l'état sanctionnant le refus de quitter un établissement après que cet ordre est donné par la personne en charge de celui-ci. Aucune réglementation de l'état ou ordonnance communale n'exigeait la ségrégation raciale dans les restaurants de l'état ou de la ville, mais tant le maire que le chef de la police avaient fait publiquement savoir que de telles « sit-in demonstrations » ne seraient pas autorisées. La Cour suprême US jugea qu'il y avait eu violation du 14^e Amendement : « As we interpret the New Orleans city officials' statements, they here determined that the city would not permit Negroes to seek desegregated service in restaurants. Consequently, the city must be treated exactly as if it had an ordinance prohibiting such conduct »,

Process Clause » (ci-après DPC)⁷⁶⁵ du 5^e Amendement, mais celui-ci n'offre pas non plus de protection contre les comportements émanant de personnes privées⁷⁶⁶. Dans le 14^e Amendement, la notion de « persons » ne semble viser que les citoyens américains. Dès 1886, la Cour suprême US jugera néanmoins que la protection de cet Amendement s'étend à toute personne, quelle que soit sa nationalité⁷⁶⁷. De même, elle jugea, dès 1877, que la notion de « persons » vise également les associations⁷⁶⁸.

La section 5 du 14^e Amendement donne compétence et pouvoir au Congrès américain pour faire appliquer les droits reconnus par les autres sections de l'Amendement. L'étendue exacte de sa compétence fut toutefois longtemps sujette à controverses. La jurisprudence récente de la conservatrice « Cour suprême *Rehnquist* »⁷⁶⁹ a clairement circonscrit ce pouvoir. Le pouvoir du Congrès consiste à fournir des remèdes proportionnels aux violations des droits insérés dans les sections 1 à 4, mais ne s'étend pas à élargir ces droits⁷⁷⁰ : « *because Section 5 grants the power to enforce law, it presupposes the existence of a law to be enforced (in this case constitutional law). It also presupposes a violation, or likely violation, of that law that necessitates its enforcement. Such*

opinion du Chief Justice Warren, p. 273. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême US sur cette question, voy. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, 1999, p. 43.

⁷⁶⁵ « Clause de procédure régulière ». Sommairement, cette clause vise le comment ? et le pourquoi ? les lois sont appliquées. Le « comment ? » vise l'aspect procédural (la loi est-elle trop vague ?), le « pourquoi ? » vise l'aspect substantiel (si une loi déraisonnable est néanmoins adoptée, elle peut être déclarée inconstitutionnelle par le biais de cette clause). La clause inclut notamment le droit à un procès équitable. Selon les termes de la Cour suprême US dans l'arrêt *Lego v. Twomey* de 1972, la clause de procédure régulière incarne un système de droits fondés sur des principes moraux si profondément ancrés dans les traditions et les sentiments du peuple américain qu'elle doit être jugée comme fondamentale pour une société civilisée telle qu'elle a été conçue par toute son histoire. La « *substantive due process* » (le pourquoi ?) interdit aux états de violer un droit fondamental, à moins que la violation ne soit strictement adaptée pour permettre la réalisation d'un intérêt gouvernemental impérieux, voy. *Washington v. Glucksberg*. La « procédure régulière » est ce qui s'accorde avec les notions les plus profondes de ce qui est équitable et juste. Cette clause trouve son origine dans l'article 39 de la *Magna Carta* de 1215. La première mention de l'expression « *due process of law* » date de 1354.

⁷⁶⁶ Comme c'est également, par exemple, le cas des 15^e, 19^e et 26^e Amendements, qui concernent le droit de vote et l'interdiction de discrimination fondée respectivement sur la race, le sexe et l'âge. En revanche, le 13^e Amendement, qui interdit l'esclavage n'est pas restreint à la « *State action* ».

⁷⁶⁷ *Yick Wo v. Hopkins* ; voy. Également *Graham v. Richardson*.

⁷⁶⁸ *Chicago, B. & Q.R.R. v. Iowa* ; *Peik v. Chicago & Nw Ry.* (appelés les *Granger cases*) ; en revanche, la *Privilege and Immunities Clause* (« No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States ») également incorporée dans le 14^e Amendement ne bénéficie ni aux associations (*Metropolitan Life Insurance Commission v. Ward* et *Paul v. Virginia*) ni aux personnes physiques résidant aux États-Unis qui n'ont pas la citoyenneté américaine (*Saenz v. Roe*).

⁷⁶⁹ Du nom de l'actuel président de la Cour suprême US.

⁷⁷⁰ *Florida Prepaid Post-Secondary Educ. Expense Board v. College Savings Bank* ; *City of Boerne v. Flores* et *Alden v. Maine*, rendus entre 1997 et 1999. Sur cette jurisprudence, voy. M.A. Hamilton et D. Schoenbrod, « The Reaffirmation of Proportionality Analysis Under Section 5 of the Fourteenth Amendment », 21 *Cardozo Law Review*, (1999-2000), p. 469-492. ; J. Leonard, « The Shadows of Unconstitutionality : How the New Federalism May Affect the Anti-Discrimination Mandate of the Americans with Disabilities Act », 52 *Alabama Law Review*, (2000) et D. Braveman, « Enforcement of Federal Rights Against States ; *Alden* and Federalism Non-Sense », 49 *American University Law Review*, 2000, p. 611. La jurisprudence antérieure (*Katzenbach v. Morgan* de 1966) semblait accorder une compétence non restreinte au Congrès.

enforcement may extend to preventing nascent constitutional violations, but Congress is nonetheless limited to enforcing constitutional rights. It may not redefine them. It may not enforce those rights without evidence of constitutional wrongdoing»⁷⁷¹. Par exemple, dans l'affaire *City of Boerne v. Flores*, l'archevêque de San Antonio avait sollicité de la ville de Boerne la délivrance d'un permis de construire pour agrandir une église. Ce permis lui fut refusé au motif que l'église se trouvait dans un périmètre protégé de préservation historique. L'archevêque attaqua ce refus en se fondant sur le *Religious Freedom Restoration Act 1993* (RFRA). La Cour suprême US jugea que le RFRA excédait les pouvoirs du Congrès qui lui étaient conférés au titre de la section 5 du 14^e Amendement.⁷⁷² Dans l'affaire *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, la Cour suprême US jugea pareillement que le Congrès avait excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par la s. 5 du 14^e Amendement en supprimant l'immunité juridictionnelle des états au titre du 11^e Amendement⁷⁷³, privant de la sorte les particuliers de la possibilité de poursuivre l'état d'Alabama en dommages et intérêts pour violation de l'*American with Disabilities Act*. Cet arrêt fut critiqué par la doctrine⁷⁷⁴ au motif que « *the Court failed to recognize the inherent tension between Section 1 and Section 5 of the Fourteenth Amendment and the implications of that tension for the judicial review, and failed to acknowledge that the presumption of unconstitutionality it placed on any Section 5 legislation that abrogates State sovereign immunity privileges the sovereign immunity embodied in the Eleventh Amendment over the equality ideal embodied in the Fourteenth Amendment* »⁷⁷⁵. Dans l'arrêt *Nevada*

⁷⁷¹ M.A. Hamilton et D. Schoenbrod, pp. 472-473, citant *City of Boerne*.

⁷⁷² Le RFRA avait été adopté par le Congrès pour contrecarrer l'arrêt de la Cour suprême US dans *Employment Div., Dept of Human Resources of Ore v. Smith*. Dans cette affaire, MM. Smith et Blake avaient été licenciés, sans droit à une indemnité de licenciement, pour avoir pris de la drogue aux fins sacramentelles, selon leurs dires, d'une cérémonie de leur *Native American Church*. La Cour suprême US jugea que la *Free Exercise Clause* du 1^{er} Amendement permet à un état de prohiber l'usage sacramentel de la drogue en question et donc de refuser l'octroi d'une indemnité de licenciement.

⁷⁷³ La jurisprudence de la Cour suprême US selon laquelle la Constitution américaine ne fournit pas une compétence aux tribunaux fédéraux pour des plaintes contre des états n'ayant pas consenti à une telle compétence fut établie dès le 19^e siècle.

⁷⁷⁴ «The Supreme Court – leading cases», 114 *Harvard Law Review* (2001), n° 7 ; W.J. Rich, «Privileges or Immunities : The Missing Link in Establishing Congressional Power to Abrogate State Eleventh Amendment Immunity», 28 *Hastings Constitutional Law Quarterly* (2001), p. 235. Voir également le numéro spécial de la revue *Duke Law Journal*, vol. 51 (2001) contenant les actes d'un symposium intitulé «The Constitution in Exile» et en particulier K.E. Whittington, «Taking What They Give US : Explaining the Court's Federalism Offensive», pp. 477-520. Voy. également les actes du symposium «Garrett, Disability Policy and Federalism», 53 *Alabama Law Review* (2002).

Cet arrêt est l'un des nombreux arrêts rendus à 5 voix (Chief Justice Rehnquist et juges O'Connor, Scalia, Kennedy et Thomas) contre 4 (juges Breyer, Stevens, Souter et Ginsburg).

⁷⁷⁵ Dans *Tennessee v. Lane* de 2004, la Cour suprême US limita néanmoins l'effet de *Garrett* au Titre I de l'ADA. En l'espèce, estime la majorité, le Congrès a adopté le Titre II - lequel inclut également un droit d'accès à un juge, dont la violation doit être soumise au *scrutiny test* le plus strict - en tenant compte de l'expérience historique laquelle démontre l'existence d'une discrimination omniprésente à l'encontre des personnes souffrant d'un handicap, notamment dans l'accès aux bâtiments judiciaires et aux débats qui s'y tiennent. La majorité ajoute toutefois que le remède choisi par le Congrès pour lutter contre cette discrimination est limité. Il n'impose pas aux états d'assurer en toute hypothèse l'accessibilité aux bâtiments judiciaires, mais seulement de prendre des mesures raisonnables pour supprimer les barrières, architecturales ou autres, à l'accessibilité aux bâtiments, et uniquement dans la mesure où le plaignant demandant la prise d'une telle mesure remplit par ailleurs les

Dept of Human Resources v. Hibbs, la Cour suprême US limita⁷⁷⁶ néanmoins la portée de l'arrêt *Garrett*, et donc l'immunité juridictionnelle dont jouissent les états au titre du 11^e Amendement, dans le cas d'une allégation de discrimination fondée non plus sur le handicap, mais sur le sexe⁷⁷⁷. Elle motiva cette conclusion notamment par l'affirmation, forte⁷⁷⁸, que « *in sum, the states's record of unconstitutional participation in, and fostering of, gender-based discrimination in the administration of leave benefits is weighty enough to justify the enactment of [the] legislation* »⁷⁷⁹

Littéralement, le 5^e Amendement ne fournit aucune garantie contre les législations discriminatoires qui seraient adoptées par le Congrès⁷⁸⁰. Toutefois, la Cour suprême US jugea dans *Bolling v. Sharpe* (1954) que la ségrégation des élèves dans les écoles publiques du District de Columbia violait la DPC : « *The Fifth Amendment [...] does not contain an equal protection clause as does the Fourteenth [...]. But the concepts of equal protection and due process, both stemming from our American ideal of fairness, are not mutually exclusive. The « equal protection of the laws » is a more explicit safeguard of prohibited unfairness than « due process of law », and, therefore, we do not imply that the two are always interchangeable phrases. But, as this Court has recognized, discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process* »⁷⁸¹. Par la suite, la Cour suprême US estima que

critères d'éligibilité au service en cause. L'arrêt est par ailleurs limité au cas d'espèce et ne prend pas position sur la question de l'accessibilité à d'autres bâtiments publics, telles les piscines. Une fois encore, c'est la juge O'Connor qui permet à la minorité de l'arrêt *Garrett* de former une majorité limitant la portée de ce dernier. Dans son opinion dissidente, le *Chief Justice* Rehnquist estime toutefois que les conclusions atteintes dans ces deux arrêts sont irréconciliables, notant notamment qu'une motivation fondée sur l'expérience historique d'une discrimination omniprésente pour juger de la constitutionnalité d'une partie seulement de l'*Act* (et non de celui-ci en tant que tel) avait été précisément rejetée dans *Garrett*.

⁷⁷⁶ Il ne s'agit toutefois pas d'un renversement de l'arrêt *Garrett*, les juges Souter, Ginsburg et Breyer expliquant dans leur opinion concordante commune que leur accord sur la motivation de l'arrêt ne signifie pas un renoncement à l'opinion dissidente exprimée dans *Garrett*.

⁷⁷⁷ En revanche, la jurisprudence *Garrett* fut appliquée également lorsque l'allégation de discrimination était fondée sur l'âge, voy. *Kimel v. Florida Bd of Regents*.

⁷⁷⁸ Cette affirmation est d'autant plus forte que l'opinion de la majorité fut rédigée par le *Chief Justice* Rehnquist lui-même.

⁷⁷⁹ R.C. Post, « Fashioning The Legal Constitution : Culture, Courts and Law », 117 *Harvard Law Review*, (2003), pp. 1 et 21, avance également que la manière dont cet arrêt a été rédigé visait à prévenir les attaques éventuelles contre la constitutionnalité même du Titre VII du *Civil Rights Act 1964*.

⁷⁸⁰ *Detroit Bank v. United States*.

⁷⁸¹ Opinion du Chief Justice Warren, p. 499. Dans sa jurisprudence antérieure, notamment *Hirabayashi v. United States* et *La Belle Iron Works v. United States*, la Cour suprême US avait pourtant rejeté l'idée que la DPC du 5^e Amendement contient un élément d'*equal protection*. Si par la suite la Cour suprême US conclut à la violation du 5^e Amendement dans le cas de discrimination fondée sur le sexe, par exemple (*Frontiero v. Richardson*) plus jamais elle n'invalida une réglementation fédérale au titre de cet Amendement pour discrimination fondée sur la race ; voy. R.A. Primus, « *Bolling Alone* », 104 *Columbia Law Review*, (2004), pp. 976, 979 et 996, texte sous note (96)). A partir d'une étude menée sur plus de mille trois cents affaires examinées par des juridictions fédérales inférieures, cet auteur montre également (p. 991) que ce n'est que dans une douzaine de cas que ces juridictions sont arrivées à une conclusion de discrimination constitutionnelle due à un comportement ou une activité du gouvernement fédéral, parmi lesquels un seul dans lequel une réglementation fédérale fut annulée pour ce motif (*Simkins v. Moses H. Cone Memorial Hosp*, du 4^e Circuit de 1963 annulant une réglementation autorisant l'utilisation de fonds fédéraux pour la construction d'hôpitaux selon la règle « *separate but equals* » de *Plessy*). Il propose comme meilleure explication à cette rareté notamment le fait que les cours sont peu inclinées (*judicial deference*) à considérer constitutionnellement discriminatoires les activités

l'analyse de « l'Equal Protection » dans le 5^e Amendement est la même que celle menée dans le cadre du 14^e Amendement⁷⁸².

En plus de cent quarante ans, la Cour suprême US a élaboré un ensemble de règles très détaillées lui ayant permis d'établir une hiérarchie entre les différents critères de différenciation (§ 1) et d'instaurer des raisonnements très différents selon que ces critères de différenciation créent une discrimination directe ou indirecte (§ 2). Depuis plus de vingt-cinq ans, elle s'est également employée à préciser, non sans mal, les limites constitutionnelles des *affirmative actions* dans les domaines de l'emploi et de l'éducation (§ 3).

§ 1 – Des discriminations odieuses aux différences de traitement rationnelles

La signification même du terme « protection égale de la loi », bien que repris à tous les stades d'élaboration du 14^e Amendement, n'était pas très claire⁷⁸³. Il fut certes reconnu très rapidement, dès 1873, que les *African Americans* étaient les principaux destinataires de la protection offerte par cet Amendement, mais la portée de la notion de « protection égale » resta fort limitée jusqu'à l'arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Plessy v. Ferguson* de 1896, la Cour suprême US développa la théorie « separate but equal » - « séparés mais égaux » - qui avait pour effet de réduire à presque rien le droit à l'égalité.

I – De *Plessy* à *Brown*, la lente émergence d'un droit constitutionnel à l'égalité

1) L'arrêt *Plessy*, la doctrine « separate but equal »

Cette affaire concernait la constitutionnalité d'une loi de Louisiane réservant des wagons séparés pour personnes de race blanche et personnes de couleur. Toutes les compagnies de chemins de fer devaient prévoir des facilités « séparées mais égales » pour les blancs et les personnes de couleur. Le demandeur, M. Plessy, dont il fut jugé qu'il était à 7/8 de race caucasienne et à proportion de 1/8 de race noire, s'était assis dans un wagon réservé aux blancs. Il fut prié par le receveur du train d'aller dans un wagon pour personnes de couleur. Comme il refusa, il fut tiré hors du train et mis en prison. Poursuivi pour violation de la loi précitée, il argua que celle-ci violait le principe de la « protection égale » du 14^e Amendement.

des autres branches du pouvoir fédéral. Il note par ailleurs (p. 995) qu'il y a en revanche plus de cas dans lesquels *Bolling* fut invoqué pour annuler des programmes d'*affirmative action* initiés au profit de la minorité afro-américaine !

⁷⁸² *Buckley v. Valeo*.

⁷⁸³ Dans l'arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954, qui renversa la jurisprudence *Plessy*, la Cour suprême US sollicita des parties intervenantes une analyse détaillée de l'histoire du 14^e Amendement, mais conclut qu'aucune thèse n'était décisive.

La Cour suprême US rejeta cette argumentation : « *The object of the [fourteenth] amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguish d from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power* » (p. 544). Pour la Cour suprême US, dès lors qu'une loi prévoyant le traitement distinct des personnes selon leur race n'a pas pour objet ou pour effet de considérer les membres d'une race comme « inférieurs », elle ne peut être jugée contraire au 14^e Amendement. La Cour suprême US retint donc à l'époque comme critère permettant de déterminer l'absence d'une quelconque discrimination le fait que chaque race était traitée de manière égale dès lors que chacune avait droit à des wagons séparés.

Cette doctrine du « separate but equal » fut maintenue pendant plus d'un demi-siècle et appliquée notamment dans le domaine de la ségrégation scolaire⁷⁸⁴. A partir de 1938, et l'arrêt *State of Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, la Cour suprême US commença à nuancer la doctrine « separate but equal ». Dans cette affaire, le requérant, un étudiant noir voulait accéder à la faculté de droit de l'université du Missouri. Cet accès lui fut refusé, motif pris de sa couleur de peau. L'état du Missouri n'ayant pas instauré de faculté de droit pour étudiants de couleur, il lui fut conseillé d'entrer dans une université pour personnes de couleur de l'un des quatre états adjacents au Missouri, ce dernier acceptant de prendre en charge ses frais de scolarité. La Cour suprême US jugea qu'en dépit de la « sollicitude » (p. 345) marquée par l'état du Missouri à l'égard des étudiants de couleur⁷⁸⁵, celui-ci ne remplissait pas les obligations qui lui incombaient au titre du 14^e Amendement : « *The basic consideration is not as to what sort of opportunities, other States provide, or whether they are as good as those in Missouri, but as to what opportunities Missouri itself furnishes to white students and denies to negroes solely upon the ground of color. The admissibility of laws separating the races in the enjoyment of privileges afforded by the State rests wholly upon the equality of the privileges which the laws give to the separated groups within the State. The question here is not of a duty of the State to supply legal training, or of the quality of the training which it does supply, but of its duty when it provides such*

⁷⁸⁴ Dans ce domaine, il paraît indéniable que l'accent était surtout mis sur l'aspect « separate », plutôt que sur l'aspect « equal ». Ainsi, en 1927, la Cour suprême US jugea dans l'affaire *Gong Lum v. Rice* que le 14^e Amendement n'était pas violé dans le cas d'une étudiante d'origine chinoise à laquelle était refusé l'accès à l'école publique réservée aux blancs dans le district de Rosedale, bien qu'aucune école publique pour personnes de couleur n'existât dans le même district, mais seulement dans le même *county* (p. 84), la Cour suprême US rappelant que la constitutionnalité même de la ségrégation scolaire entre blancs et personnes de couleur avait été confirmée à de nombreuses reprises.

⁷⁸⁵ La Cour suprême US note qu'à l'époque l'état du Missouri était le seul à avoir organisé un système presque complet d'universités pour personnes de couleur sur la même base que le système organisé pour les blancs.

training to furnish it to the residents of the State upon the basis of an equality of right. By the operation of the laws of Missouri a privilege has been created for white law students which is denied to negroes by reason of their race. The white resident is afforded legal education within the State; the negro resident having the same qualifications is refused it there and must go outside the State to obtain it » (p. 349). La nuance restait donc limitée, puisqu'elle visait seulement le fait qu'un « privilège » était offert aux blancs résidant dans l'état, mais pas aux personnes de couleur. En revanche, la constitutionnalité de la ségrégation scolaire n'était pas contestée.

En revanche, l'arrêt *Sweatt v. Painter* de 1950 se révèle annonciateur du renversement de la doctrine « separate but equal » qui sera opéré par la Cour suprême US en 1954 dans l'affaire *Brown v. Board of Education*. Dans l'affaire *Sweatt*, le requérant s'était vu refuser l'accès à la faculté de droit de l'université du Texas, au motif qu'il était noir. Il lui avait été proposé d'accéder à la nouvelle faculté de droit créée pour les personnes de couleur, mais il avait refusé. La Cour suprême US, constatant, notamment, que la faculté de droit réservée aux blancs avait 16 professeurs à temps plein, 850 étudiants et une bibliothèque de plus de 65 000 volumes, alors que la nouvelle faculté de droit pour personnes de couleur comptait seulement 5 professeurs à temps plein, 23 étudiants et à peu près 16 000 volumes dans sa bibliothèque, estima que l'enseignement juridique qui était offert au requérant n'était pas « substantiellement égal » à celui auquel il pourrait prétendre s'il était admis à la faculté de droit de l'université du Texas. Elle jugea en conséquence que le Texas avait violé le 14^e Amendement.

2) L'arrêt *Brown*, l'abandon de la doctrine « separate but equal »

Les requérants dans cette affaire avaient tenté d'accéder aux écoles publiques de quatre états (Kansas, Caroline du Sud, Virginie et Delaware) sur une base non ségrégationniste. Devant les tribunaux des trois premiers états, les requérants s'étaient vu opposer la doctrine du « separate but equal » de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*. La Supreme Court du Delaware avait également appliqué cette doctrine, mais avait néanmoins ordonné l'admission des requérants concernés à l'école pour blancs au motif que celle-ci était supérieure à celle pour personnes de couleur. Les requérants estimaient que les écoles pour personnes de couleur n'étaient pas « égales » aux écoles pour blancs et ne pouvaient être rendues égales à celles-ci ; ils estimaient en conséquence être privés d'une « protection égale de la loi ».

La Cour suprême US souligna d'abord que, contrairement à l'affaire *Sweatt v. Painter*, elle était confrontée ici à la question de la constitutionnalité même de la ségrégation scolaire (p. 492). Pour répondre à cette question, elle jugea qu'elle ne pouvait « *turn the clock back* » jusqu'à 1896, date de l'arrêt *Plessy*, mais au contraire qu'il convenait de considérer l'enseignement public à la lumière de

son développement et de sa place actuels dans la vie de la société américaine⁷⁸⁶ : « *Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws* » (p. 493). Dans un langage ne laissant place à aucune équivoque, elle abandonna définitivement la doctrine « *separate but equal* » estimant que celle-ci n'avait pas sa place dans le domaine de l'éducation⁷⁸⁷ : « *We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal* » (p. 493). Avec l'arrêt *Brown*, la Cour suprême US fait donc définitivement pencher le balancier sur le terme « *equal* » plutôt que sur le terme « *separate* »^{788 789}.

Cet arrêt est fondamental dans l'interprétation du 14^e Amendement⁷⁹⁰. Sa portée essentielle est que toutes les personnes placées dans une situation similaire doivent être traitées de manière similaire⁷⁹¹. Cependant, cet Amendement n'a jamais été interprété comme privant les états de la possibilité⁷⁹² de procéder à des « *classifications* » aux fins de l'application de leurs législations et réglementations⁷⁹³. Pareille classification aboutit nécessairement à ce que la législation en cause puisse avantager ou désavantager un groupe par rapport à un autre. Cette classification n'est toutefois pas nécessairement contraire à la garantie de « *protection égale* ». La question cruciale est de déterminer entre les « *permissible classifications* », qui sont en principe conformes au 14^e Amendement, et les « *invidious*

⁷⁸⁶ Pour une présentation du contexte historique dans lequel est intervenu cet arrêt, voy. G.R. McNeil, « *Before Brown : Reflections on Historical Context and Vision* », 52 *American University Law Review* (2003), p. 1431.

⁷⁸⁷ Dans le domaine des transports, la Cour suprême US franchit le même pas dès 1956 (*Gayle v. Bowder* – inconstitutionnalité d'une réglementation prévoyant la ségrégation raciale dans les bus), mais dès 1914 la Cour suprême US avait jugé qu'une réglementation permettant à des compagnies de transport de fournir des wagons-lits et des wagons-restaurants aux seuls blancs violait le 14^e Amendement (*McCabe v. Atchison*, voir surtout pp. 161-162). Dans le domaine de l'accès aux installations publiques (*public facilities*), la Cour suprême US appliqua les principes de l'arrêt *Brown* dès 1955 (*Mayor & City Council of Baltimore v. Dawson* – plages publiques).

⁷⁸⁸ Il est intéressant de noter que le *Chief Justice* Rehnquist rédigea à l'époque, en qualité de *clerk* d'un des juges de la Cour suprême US, un mémo concluant à ... la constitutionnalité de la ségrégation scolaire, position qu'il fut contraint de renier en 1971 lors de sa procédure de nomination à la Cour suprême US ; voy. E.A. Posner et A. Vermeule, « *Transitional Justice as Ordinary Justice* », 117 *Harvard Law Review*, 2004, pp. 761 et 782.

⁷⁸⁹ A la même époque, en Afrique du Sud, les autorités adoptaient une législation (le *Reservation of separate amenities Act*) imposant la fourniture de facilités séparées selon la race et interdisant aux tribunaux d'invalidiser cette pratique, voy. A. Chaskalson, « *From wickedness to equality : The moral transformation of South African law* », 1 *International Journal of Constitutional Law* (2003), p. 590.

⁷⁹⁰ Son importance pratique semble malheureusement régresser quelque peu aujourd'hui. Selon une étude réalisée par le Harvard Civil Rights Project, la déségrégation scolaire est aujourd'hui bien moins forte qu'il y a vingt ans. Alors que dans les années quatre-vingts, le pourcentage d'étudiants noirs dans des établissements scolaires fréquentés de manière majoritaire par des étudiants blancs était de 43%, il n'est plus aujourd'hui que de 30%, soit le pourcentage existant à la fin des années soixante, « *U.S. School Segregation Now at '69 Level* », *Washington post*, édition électronique du 18 janvier 2004, p. A10. Voy. également E. Chemerinsky, « *Separate and Unequal : American Public Education Today* », 52 *American University Law Review* (2003), p. 1461, lequel n'hésite pas à affirmer que les écoles américaines sont aujourd'hui plus ségréguées qu'elles ne l'ont été depuis des décennies.

⁷⁹¹ « *All persons similarly circumstanced shall be treated alike* », *Plyler v. Doe* (p. 216).

⁷⁹² La Cour suprême US parlant même de la « *nécessité pratique* » pour les états de procéder de la sorte dans *Romer v. Evans* (p. 216).

⁷⁹³ *F.S. Royster Guano v. Com. of Virginia*.

classifications » (classifications odieuses) qui y sont en principe contraires⁷⁹⁴. Comme la Cour européenne le fit à partir de la moitié des années quatre-vingt (arrêt *Abdulaziz*), la Cour suprême US identifia des « motifs suspects » que seules des considérations très fortes peuvent empêcher d'être prohibés au titre du 14^e Amendement, et développa pour chaque catégorie de classification – *suspect*, *intermediate* et *permissible* – un niveau d'examen particulier⁷⁹⁵.

II – Les discriminations odieuses, soumises au test le plus strict

1) La race et l'origine ethnique

Ce motif, particulièrement aux Etats-Unis, est bien entendu le motif paradigmatique des classifications suspectes. Lors des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption du 14^e Amendement en 1866, il avait d'ailleurs été expressément affirmé que l'objectif de celui-ci était d'assurer, à tous points de vue, l'égalité entre les deux races⁷⁹⁶.

C'est dans l'arrêt *Korematsu v. United States* de 1944, que la Cour suprême US classa pour la première fois la race comme « suspect classification ». Le requérant, ressortissant américain d'origine japonaise, dont la loyauté aux Etats-Unis n'était pas discutée, avait été poursuivi pour être resté dans une zone militaire de Californie, qu'un *Order* du commandement militaire pris après l'attaque de Pearl Harbor, avait interdit à toute personne d'ascendance japonaise. La Cour suprême US jugea qu'une restriction n'affectant les droits civiques que d'un seul groupe racial est « immédiatement suspecte ». Cela ne signifie pas nécessairement, enchaîna-t-elle, que cette classification est automatiquement anticonstitutionnelle, mais cela implique que les tribunaux doivent la soumettre à « l'examen minutieux le plus strict » (*the most rigid scrutiny*)⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ « Statutes create many classifications which do not deny equal protection ; it is only « invidious discrimination » which offends the Constitution », *Ferguson v. Skrupa*.

⁷⁹⁵ La doctrine américaine constate toutefois que les raisons de la classification par la Cour suprême US d'un critère dans l'une des trois catégories – *suspect*, *intermediate*, *permissible* – ne sont pas toujours aisées à deviner, ni même à comprendre. Néanmoins, de manière générale il est considéré que plus la Cour suprême US est sceptique sur la caractère approprié du critère utilisé aux fins de l'objectif poursuivi par la réglementation, plus il est probable que le niveau d'examen de ce critère sera strict. Mais une telle attitude signifie également, au moins théoriquement, qu'un même critère peut être plus ou moins approprié selon les spécificités de la réglementation en cause, et pourrait donc relever de l'une ou l'autre catégorie. En outre, il convient de ne pas perdre de vue que l'attitude de la Cour suprême US repose, indiscutablement, sur des options idéologiques très marquées, notamment lorsqu'il s'agit d'examiner des réglementations établissant une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Seules les différenciations fondées sur la race sont toujours appréhendées de la manière la plus stricte. Sur ces questions, voy. notamment S.A. Marcossou, « Constructive Immutability », 3 *U. Pa. Const. L.* (2001) 646.

⁷⁹⁶ « To make an equality in every respect between the two races » ; voy. T. Yang, « Race, Religion and Cultural Identity : Reconciling the Jurisprudence of Race and Religion », 73 *Indiana Law Journal* 1998, vol. 1, pp. 120 et 140.

⁷⁹⁷ Cet arrêt illustre également l'interprétation large que la Cour suprême US souhaite faire de la notion de « race », puisque le requérante était un citoyen américain d'ascendance japonaise. Il ne semble pas que la notion de « race » au regard de la protection offerte par le 14^e Amendement ou le Titre VII ait jamais été réellement

Dans l'arrêt *McLaughlin v. Florida* de 1964, les requérants étaient poursuivis pour avoir violé une réglementation de l'état de Floride interdisant aux partenaires non mariés d'un couple interracial de vivre dans la même pièce la nuit (!), aucune interdiction similaire n'existant lorsque les deux partenaires appartenaient à la même race. La Cour suprême US rappelle tout d'abord que l'examen auquel doivent se livrer les tribunaux en vertu de l'EPC ne se termine pas avec la constatation de l'application égale de la réglementation à tous les membres de la catégorie définie par cette réglementation. Ils doivent se demander si la classification effectuée est *raisonnable* compte tenu de l'objectif poursuivi – en l'espèce s'il n'existe pas une discrimination odieuse ou arbitraire entre les catégories couvertes par la réglementation et ceux qui en sont exclus⁷⁹⁸. Rappelant à cet égard qu'en

directement testée. En revanche, deux arrêts rendus le même jour en 1987, doivent être notés. Dans *Saint Francis College v. Al-Khazraji*, ce dernier, citoyen américain d'origine irakienne, estimait avoir été victime d'une discrimination raciale dans la mesure où un collège aurait refusé de lui octroyer un poste de professeur en raison de sa « race Arabe ». Il avait entamé une « 1981 action » (du nom de la disposition du 42 US Code qui l'établit et qui prévoit, notamment, une règle de bénéfice de la loi « comme les blancs » : *all persons [within the jurisdiction of the United States] shall have the same right in every State and Territory ... to the full and equal benefit of all laws... as is enjoyed by white citizens* – plusieurs raisons peuvent expliquer pourquoi certains plaignants préfèrent entamer une « 1981 action » plutôt qu'une action fondée sur le Titre VII, en particulier le fait qu'elle ne doit pas être précédée d'une plainte auprès de l'*Equal Employment Opportunity Commission* et que le délai pour introduire une telle action est généralement plus long). La *District court* avait rejeté la plainte au motif que « 1981 » ne couvrirait pas les plaintes pour discrimination raciale fondée sur l'appartenance à la race arabe. La *Court of Appeal* avait au contraire jugé que, même si selon les critères actuels de classification raciale les Arabes sont des Caucasiens, il pouvait maintenir une plainte pour discrimination fondée sur ce motif, car le Congrès, lorsqu'il avait adopté cette disposition (dans le *Civil Rights Act 1866* – pour une présentation historique, voy. *Runyon v. McCrary*), avait entendu couvrir au moins l'appartenance à un groupe qui constitue ethniquement et sur le plan physiologique un sous-groupe distinct parmi les homo sapiens. La Cour suprême US confirme cette approche après une analyse de la notion de « race » telle que définie dans de très nombreux dictionnaires et encyclopédies du XIX^e siècle. Au terme de celle-ci, elle conclut qu'une discrimination fondée sur le fait que le plaignant est né Arabe constitue une discrimination raciale que le Congrès entendait interdire par « 1981 », qu'une telle classification soit considérée ou non comme étant fondée sur la race selon la théorie scientifique moderne. Elle précise toutefois que pour être couronnée de succès, une telle plainte doit établir que la discrimination intentionnelle était fondée sur le fait que le plaignant est né Arabe, plutôt que seulement sur son lieu ou sa nation d'origine ou sa religion.

Dans *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*, elle atteint la même conclusion à l'égard des Juifs en se référant à *Al-Khazraji*. Voy. également *USA v. Nelson (Bald Black Man)* du 2^e *Circuit of Court of Appeals* (2002), dans lequel la *Court of Appeal* considère que le terme « race » utilisé dans le 13^e Amendement à la Constitution (sur l'esclavage et la servitude involontaire) est un « terme de l'art dont la signification n'est pas limitée par l'usage actuel ». Bien qu'elle confirme que les Juifs constituent une « race » au sens du 13^e Amendement, elle admet qu'ils ne sont généralement pas considérés comme constituant une race distincte aujourd'hui.

L'approche de la Cour suprême US reste malgré tout, semble-t-il, quelque peu ambiguë, puisqu'elle fait dépendre l'appartenance à une « race » des intentions du législateur au XIX^e siècle, tout en reconnaissant que la classification utilisée à l'époque ne résisterait pas nécessairement à une analyse « scientifique moderne ». Cette ambiguïté est illustrée par l'arrêt rendu par le 7^e *Circuit of Court of Appeals* en 1995 dans *Busciglia v. Kenosha Unified School*, dans lequel la *Court of Appeal* admet que les Italiens peuvent prétendre appartenir à une race au sens de *Al-Kharaji* aux fins de l'application de « 1981 », s'ils peuvent établir qu'en 1870 ils constituaient un groupe que le Congrès entendait protéger !

Il peut encore être noté qu'en 2004, le 9^e *Circuit* jugea, dans *Thinket v. Sun Microsystems*, qu'une entreprise peut également se prévaloir de « 1981 » pour se plaindre d'une discrimination raciale.

⁷⁹⁸ « *Judicial inquiry under the Equal Protection Clause, therefore, does not end with a showing of equal application among the members of the class defined by the legislation. The courts must reach and determine the question whether the classifications drawn in a statute are reasonable in light of its purpose – in this case, whether there is an arbitrary or invidious discrimination between those classes covered by Florida's cohabitation law and those excluded* » (p. 191).

vertu de sa jurisprudence constante depuis 1911 (arrêt *Lindsley v. Natural Carbonic Gas*), les états disposent, en principe, de la discrétion la plus grande, il ne peut en aller de même lorsque le critère de classification est la race. Dans une telle hypothèse, estime la Cour suprême US, l'appréciation doit tenir compte du fait qu'historiquement l'objectif primordial du 14^e Amendement était précisément d'éliminer les discriminations raciales, de sorte que toute classification sur base de la race est automatiquement « constitutionnellement suspecte » et doit être soumise à l'examen le plus strict (p. 192). Dès lors, une telle classification « *bear[s] a far heavier burden of justification* ».

Pour être justifiée, une réglementation instaurant une telle classification devra démontrer l'existence d'un objectif législatif/statutaire impératif (*overriding statutory purpose*). En l'espèce, l'état de Floride ne pouvant démontrer que la classification faite entre couples non mariés interracial et les autres poursuivait un tel objectif impératif, la Cour suprême US jugea que la réglementation en cause créait une discrimination odieuse, contraire au 14^e Amendement⁷⁹⁹.

De manière encore plus péremptoire, la Cour suprême US affirmera, en 1979 dans l'arrêt *Personnel Administration v. Feeney*, qu'une classification sur base de la race, quelle que soit sa prétendue motivation, doit être présumée contraire au 14^e Amendement et ne peut être sauvée que par une « cause de justification extraordinaire » (p. 272)⁸⁰⁰. Par ailleurs, elle précisera, en 1986 dans *Wygant v. Jackson Board of Education*, que les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi doivent respecter, de manière stricte, le principe de proportionnalité⁸⁰¹.

Pour la Cour Suprême US, une classification fondée *directement* sur la race n'est donc pas *per se* injustifiable. Néanmoins, justifier, de manière juridiquement acceptable, une telle classification paraît, en pratique, « extraordinairement » difficile^{802 803}.

⁷⁹⁹ Cet arrêt permit également de renverser officiellement la jurisprudence *Pace v. Alabama* de 1883. L'état d'Alabama sanctionnait moins sévèrement l'adultère lorsqu'il était commis par un homme et par une femme de même couleur que lorsqu'il était commis par un homme/femme noir(e) avec une femme/homme blanc(he). Selon la Cour suprême US de l'époque, il ne pouvait y avoir de discrimination fondée sur la race, puisque la législation de l'état sanctionnait deux infractions différentes : « *The two sections of the Code cited are entirely consistent. The one prescribes, generally, a punishment for an offense committed between persons of different sexes; the other prescribes a punishment for an offense which can only be committed where the two sexes are of different races. There is in neither section any discrimination against either race* ».

⁸⁰⁰ Voy. également *Washington v. Seattle* (p. 485).

⁸⁰¹ « *We must decide whether the layoff provision is supported by a compelling state purpose and whether the means chosen to accomplish that purpose are narrowly tailored* » (p. 274).

⁸⁰² Comme l'a écrit G. Gunther, « strict scrutiny is strict in theory, but fatal in fact », cité par D.O. Conkle, « The Path of American Religious Liberty : From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future », 75 *Indiana Law Journal* (2000), n° 1, p. 1, texte sous note (70).

⁸⁰³ En 2005, la Cour suprême US a encore renforcé la protection contre les classifications fondées sur la race. Jusqu'alors, elle jugeait en effet que lorsqu'une telle protection est invoquée par des *détenus*, seul *more relaxed standard* était applicable. Dans l'arrêt *Johnson v. California*, elle juge, pour la première fois, que sa jurisprudence *Brown-Adarand-Grutter* s'applique à toutes les classifications fondées sur l'âge, y compris celles applicables en prison.

2) Les droits fondamentaux

La théorie de la soumission au *strict scrutiny review* de la classification réglementaire de nature à affecter un droit fondamental semble trouver son origine dans l'arrêt *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson* de 1942. Dans celui-ci, la Cour suprême US décida de soumettre au test le plus sévère une réglementation imposant la stérilisation obligatoire de certains criminels récidivistes dans la mesure où cette réglementation affectait l'un des droits civiques les plus élémentaires, la droit à la reproduction.

Il semble que la Cour suprême US n'ait jamais réellement essayé de définir ce qu'elle entend par « droit (personnel) fondamental » ou de tracer la ligne de démarcation entre un droit fondamental et un droit qui ne le serait pas⁸⁰⁴. C'est le caractère indéfini de cette démarcation et sa conséquence, à savoir que la Cour suprême US s'arroge de la sorte la compétence souveraine de décider – en lieu et place du Congrès – ce qui constitue un tel droit personnel fondamental, qui suscita la réaction violente du juge Rehnquist en 1972 dans l'affaire *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co*⁸⁰⁵. Une telle attitude de la part de la Cour suprême US ne semble pourtant pas étonnante, même si elle est critiquable. Une attitude identique est devenue une constante dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'avènement de la notion de raison impérieuse dans le domaine de la libre circulation des personnes et est également celle de la Cour européenne dans la détermination des motifs de discrimination ne pouvant être justifiés que par des considérations très fortes⁸⁰⁶.

Quoi qu'il en soit, on peut noter que cette théorie fut appliquée notamment au droit au mariage⁸⁰⁷, au droit à la contraception et au droit à l'avortement, mais que la Cour suprême US refusa de l'étendre au droit à l'éducation⁸⁰⁸. En 1986, elle refusa également d'étendre le concept de droit personnel

⁸⁰⁴ Voy. les commentaires du juge Brennan dans *Whisenhunt v. Spradlin*, p. 971.

⁸⁰⁵ « *The difficulty with this approach, devoid as it is of any historical or textual support in the language of the Equal Protection Clause, is that it leaves apparently to the Justices of this Court the determination of what are, and what are not, "fundamental personal rights." Those who framed and ratified the Constitution and the various amendments to it chose to select certain particular types of rights and freedoms, and to guarantee them against impairment by majority action through legislation or otherwise. While the determination of the extent to which a right is protected may result in the drawing of fine lines, the fundamental sanction of the right itself is found in the language of the Constitution, and not elsewhere. The same is unfortunately not true of the doctrine of "fundamental personal rights." This body of doctrine created by the Court can only be described as a judicial superstructure, awkwardly engrafted upon the Constitution itself* » (p. 177).

⁸⁰⁶ Cela étant, même si la motivation de l'argumentation du juge Rehnquist illustre sa vision conservatrice des droits de l'homme, on ne peut que reconnaître avec lui que le fait que la Cour suprême US (et la Cour de justice) s'arroge(nt) le pouvoir discrétionnaire de décider ce qu'est un « personal fundamental right » ou une « raison impérieuse », alors même que le libellé tant du 14^e Amendement que des dispositions du traité CE, tel l'article 39, sont totalement muets sur ce point, soulève un problème constitutionnel sérieux.

⁸⁰⁷ *Loving v. Virginia*.

⁸⁰⁸ *San Antonio School District v. Rodriguez* : « *Though education is one of the most important services performed by the State, it is not within the limited category of rights recognized by this Court as guaranteed by the Constitution* ». « *The key to discovering whether education is « fundamental » is not to be found in comparisons of the relative societal significance of education as opposed to subsistence or housing. Nor is it to be found by weighing whether education is as important as the right to travel. Rather, the answer lies in assessing whether there is a right to education explicitly or implicitly guaranteed by the Constitution* » (p. 33).

fondamental au droit à la sodomie entre adultes mâles consentants⁸⁰⁹. Ce faisant, la majorité de la Cour suprême US fit sienne l'argumentation du juge Rehnquist, alors dissident, dans *Weber v. Aetna Casualty*, selon laquelle il n'appartient pas à la Cour suprême US de s'arroger une compétence de définir de nouveaux droits personnels fondamentaux sans qu'une telle compétence lui ait été conférée par la Constitution⁸¹⁰.

Dans *Eisenstadt v. Baird* de 1972, la Cour Suprême US était confrontée à une réglementation de l'état du Massachusetts ne permettant la délivrance de moyens contraceptifs qu'aux personnes mariées⁸¹¹. Elle affirme d'abord que le droit d'utiliser un moyen contraceptif constitue un droit de l'homme fondamental. Elle s'interroge ensuite sur les causes de justification possibles de la différence de traitement opérée entre personnes mariées et non mariées (empêcher les relations sexuelles avant mariage, raisons de santé, ...). Elle les rejette toutes pour affirmer qu'en toute hypothèse aucun motif ne pourrait justifier une différence de traitement entre personnes mariées et personnes non mariées. Ce jugement peut néanmoins paraître surprenant. En effet, la Cour Suprême US aboutit à la conclusion de la violation du 14^e Amendement en raison de l'atteinte au droit fondamental à la contraception, alors que le raisonnement paraît être construit sur le constat de l'existence d'une différence de traitement, considérée injustifiable, fondée sur le statut marital. N'aurait-il dès lors pas été plus logique de conclure qu'une classification fondée sur le critère du statut marital doit, en tant que telle, être soumise au *strict scrutiny review* plutôt que d'affirmer que la protection du 14^e Amendement s'étend au droit personnel à la contraception⁸¹² ? Le choix de la Cour Suprême US n'est certainement pas, d'un point de vue idéologique, innocent⁸¹³.

Il est à cet égard évident que la détermination de ce qui constitue, ou ne constitue pas, un *droit personnel fondamental* est éminemment subjective. La composition, plutôt conservatrice ou plutôt libérale selon les époques, de la Cour Suprême US a dès lors eu nécessairement comme conséquence une instabilité constante de la notion même de *droit personnel fondamental*. La force de conviction

Cette affirmation me semble illustrer parfaitement le caractère très subjectif de l'approche choisie par la Cour suprême US.

⁸⁰⁹ *Bowers v. Hardwick*. Arrêt rendu 5 juges contre 4. Cet arrêt fut critiqué, notamment par D.O. Conkle, 62 *Indiana Law Journal*, (1987), pp. 215, 216, dans les termes suivants : « Deviating sharply from the Court's own precedents, *Bowers* necessarily works to undercut the theoretical underpinnings of the modern Court's substantive due process doctrine ». Bien que cet arrêt fut renversé en 2003 par l'arrêt *Lawrence*, il ne semble pas que ce dernier ait fait de la sodomie entre adultes mâles consentants un « droit personnel fondamental » (voy *infra*).

⁸¹⁰ La motivation à la base de cet arrêt fut toutefois partiellement invalidée 10 ans plus tard dans *Romer v. Evans*, dans lequel le juge Rehnquist, devenu Chief Justice, se retrouva cette fois dans la minorité.

⁸¹¹ Le requérant était poursuivi pour avoir distribué un moyen de contraception à l'une de ses étudiantes à l'issue d'un cours sur la contraception.

⁸¹² Même s'il ne fait pas de doute qu'un droit à la contraception doit être certainement regardé comme constituant un droit fondamental.

⁸¹³ Pour une liste de cas dans lesquels la Cour Suprême US examina l'hypothèse d'une violation du 14^e Amendement due à l'affectation d'un droit personnel fondamental, voy. *Whisenhunt v. Spradlin*.

des arrêts s'appuyant sur cette notion en est forcément amoindrie ; la sécurité juridique également. Mais les mêmes remarques pourraient être faites à propos des raisons impérieuses d'intérêt général pouvant justifier des discriminations indirectes en droit communautaire. La Cour de justice n'ayant jamais donné de précisions théoriques sur cette notion et préférant adopter une approche casuistique, n'importe quel argument, aussi saugrenu soit-il⁸¹⁴, est susceptible d'être accepté ou non comme tel, selon la composition de la Chambre examinant cette affaire⁸¹⁵

A partir de l'élection du juge Rehnquist à la présidence de la Cour, on peut noter un net revirement par rapport à la jurisprudence des années soixante et septante. Par exemple, en 1989 dans l'arrêt *Webster v. Reproductive Health Services*, la Cour Suprême US, par 5 voix contre 4, renversa sa jurisprudence *Roe v. Wade* de 1973, dans le cadre d'une affaire portant sur la constitutionnalité d'une loi du Missouri soumettant à de très strictes conditions la possibilité pour un médecin de pratiquer un avortement. Les remarques formulées par le Chief Justice dans son opinion concordante (pp. 546-547) résument parfaitement la subjectivité du raisonnement suivi par la majorité dans le cas d'espèce : « *The plurality opinion is far more remarkable for the arguments that it does not advance than for those that it does. The plurality does not even mention, much less join, the true jurisprudential debate underlying this case: whether the Constitution includes an "unenumerated" general right to privacy as recognized in many of our decisions, most notably Griswold v. Connecticut, and Roe, and, more specifically, whether, and to what extent, such a right to privacy extends to matters of childbearing and family life, including abortion. See, e. g., Eisenstadt v. Baird (contraception); Loving v. Virginia, (marriage); Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, (procreation); Pierce v. Society of Sisters, (childrearing). These are questions of unsurpassed significance in this Court's interpretation of the Constitution, and mark the battleground upon which this case was fought, by the parties, by the United States as amicus on behalf of petitioners, and by an unprecedented number of amici. On these grounds, abandoned by the plurality, the Court should decide this case* ». Ces remarques du Chief Justice illustrent également le fait que même la jurisprudence « progressiste/libérale » des années soixante et septante ne trouvait pas nécessairement elle-même un appui dans la Constitution, tout en notant que la question de l'existence, ou de l'absence, de droits personnels « non énumérés » dans le 14^e Amendement est d'une importance « insurpassable » dans l'interprétation de la Constitution par la Cour Suprême US.

Il n'est dès lors pas étonnant que la même question du « droit personnel fondamental à avorter » ait fait l'objet d'un nouvel arrêt, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey*, trois ans après *Webster*, et dans lequel fut discuté, ainsi que le réclamait le Chief Justice dans *Webster*, le bien-fondé de l'arrêt *Roe v. Wade*. Cette fois, la jurisprudence *Roe* fut confirmée ... par une voix d'écart et alors

⁸¹⁴ Voy. dans le même sens le point 13 des conclusions de l'avocat général Tesauo dans l'affaire *Familia Press*.

que deux juges avaient été remplacés. Les arguments avancés, par la majorité comme par la minorité, témoignent néanmoins de la fragilité du raisonnement juridique tenu, lequel s'appuie principalement sur des considérations idéologiques. Ainsi, pour la majorité (p. 935), « *although Roe has engendered opposition, it has in no sense proven unworkable, representing as it does a simple limitation beyond which a state law is unenforceable* ». A l'inverse, pour la minorité (p. 966), « *the correct analysis is that set forth by the plurality opinion in Webster : a woman's interest in having an abortion is a form of liberty protected by the Due Process Clause, but States may regulate abortion procedures in ways rationally related to a legitimate state interest* ».

Après cet arrêt, on peut légitimement s'interroger sur le crédit à accorder à la jurisprudence de la Cour Suprême US s'appuyant, dans le cadre du 14^e Amendement, sur la notion de « droit personnel fondamental », notion qu'elle prit soin de ne jamais définir⁸¹⁶. C'est pourquoi les affirmations prononcées, lors d'un colloque en 2000, par la juge O'Connor, selon laquelle « *the Supreme Court has, when appropriate, struck down state laws that intrude on the core functions of the family or on the individual liberties of family members. In fulfilling this role, the Court has spoken of our common understandings of the family, our common aspirations, and the need to have a deeper understanding of the values that lie at the heart of our tradition* »⁸¹⁷, paraissent passer complètement sous silence les oppositions très fortes ayant opposé, et continuant d'opposer⁸¹⁸, les membres de la Cour Suprême US à propos de la notion de « droit personnel fondamental », et alors que la solidité juridique du

⁸¹⁵ S.Robin-Olivier (p. 168) parle de la conception très extensive et parfois portée à l'excès retenue par la Cour.

⁸¹⁶ Dans son opinion dissidente dans *Whisenhunt v. Spradling*, le juge Brennan parle, en résumant la jurisprudence jusqu'à 1986, de la liberté constitutionnelle concernant certains types de décisions intensément personnelles (*certain kinds of intensely personal decisions*).

⁸¹⁷ « The Supreme Court And the Family », 3 *U. Pa. J. Const. L.* (2001).

⁸¹⁸ Ainsi, en 2000, la Cour suprême US examina une nouvelle fois, dans l'affaire *Stenberg v. Carhart*, la pertinence de son arrêt *Roe*, tel que confirmé dans *Casey*. Une fois encore, son arrêt, confirmant la solution des arrêts *Roe* et *Casey*, fut rendu 5 voix contre 4, l'opposition entre juges prenant parfois la forme de remarques virulentes notamment de la part du juge Scalia. Ce dernier néanmoins résuma, en termes simples et directs, le fait que les arrêts de la Cour suprême US sur cette question n'avaient plus rien à voir avec l'interprétation juridique de la Constitution, mais seulement avec les conceptions personnelles de neuf juges non élus : « *a democratic vote by nine lawyers, not on the question whether the text of the Constitution has anything to say about this subject (it obviously does not); nor even on the question (also appropriate for lawyers) whether the legal traditions of the American people would have sustained such a limitation upon abortion (they obviously would); but upon the pure policy question, whether this limitation upon abortion is « undue »* » ; « *The most that we can honestly say is that we disagree with the majority on their policy-judgment-couched-as-law. And those who believe that a 5-to-4 vote on a policy matter by unelected lawyers should not overcome the judgment of 30 state legislatures have a problem, not with the application of Casey, but with its existence. Casey must be overruled* ». La virulence de la rhétorique du juge Scalia dans nombreuses opinions dissidentes (décrivant l'opinion de la majorité comme « entièrement irrationnelle », « au-delà de l'absurde », « rien moins qu'Orwellienne », « ne pouvant être prise au sérieux », ...) a été critiquée en doctrine, voy. E. Chemerinsky, « The Rhetoric of Constitutional Law », 100 *Michigan Law Review*, (2002), pp. 2008 et 2022. A juste titre, me semble-t-il, Chemerinsky souligne que le message qu'une telle rhétorique communique finalement, aux étudiants, aux avocats et aux juges des cours inférieures, est qu'une telle virulence est acceptable pour caractériser les positions avec lesquelles on n'est pas d'accord. Même ses collègues lui ont fait remarquer que son ton trop polémique diminue ses chances de les convaincre de la justesse de ses points de vue, « *Is Scalia Too Blunt To Be Effective ?* », *Washington Post*, édition électronique du 17 octobre 2003, p. A27.

raisonnement tenu par la Cour Suprême US dans la plupart de ses arrêts s'appuyant sur cette notion est, à tout le moins, discutable⁸¹⁹.

3) Le fait d'être étranger (alienage)

Dès 1886⁸²⁰, la Cour Suprême US avait jugé que le terme « persons » dans le 14^e Amendement inclut également les ressortissants étrangers résidant légalement aux Etats-Unis. Néanmoins, au cours des décennies suivantes, la Cour Suprême US avait également reconnu un intérêt légitime des états à réserver un traitement différent aux citoyens américains et aux étrangers⁸²¹, sa jurisprudence restant incertaine et fluctuante. A la fin de la période durant laquelle elle fut présidée par le *Chief Justice* Warren, la Cour Suprême US affirma de manière claire, en 1971 dans l'affaire *Graham v. Richardson*, qu'une législation opérant une distinction selon la possession ou non de la citoyenneté américaine constitue une classification suspecte, soumise au *strict scrutiny review*^{822 823}. Dans cette affaire, des réglementations des états de l'Arizona et de Pennsylvanie excluaient l'octroi de prestations d'assistance sociale aux étrangers résidant légalement aux Etats-Unis ou soumettaient un tel octroi à une période de résidence de quinze ans. La Cour Suprême US, à l'unanimité, conclut à la violation de l'EPC du 14^e Amendement après avoir considéré qu'une classification opérant sur une telle base doit être soumise au même test que celle fondée sur la race.

Cette nouvelle jurisprudence fut appliquée de manière constante dans les années qui suivirent. Parfois de manière extensive, par exemple en ce qui concerne l'accès à l'emploi. Ainsi, en 1973, dans l'affaire *Sugarman v. Dougall*, la Cour Suprême US avait à juger de la constitutionnalité d'une réglementation de la ville de New-York selon laquelle seuls les citoyens américains pouvaient détenir des postes permanents dans la fonction publique de la ville. La Cour Suprême US conclut à la violation du 14^e Amendement après avoir considéré qu'aucun intérêt public spécial ne peut justifier cette réglementation (pp. 643-645). Elle jugea notamment que la réglementation était rédigée en

⁸¹⁹ Voy. par exemple G.W. Willett, « Equality Under the Law or Annihilation of Marriage and Morals ? The Same-Sex Marriage Debate », 73 *Indiana Law Review*, (1997). Celle-ci montre que si dans *Bowers*, la majorité de la Cour Suprême US a considéré que la sodomie homosexuelle n'est pas un droit personnel fondamental protégé par le 14^e Amendement, parce qu'une telle « liberté » n'est pas profondément ancrée dans l'histoire et la tradition de la Nation américaine, il en était certainement de même des mariages interraciaux lorsqu'elle a pourtant considéré que l'interdiction du droit à un tel mariage violait le 14^e Amendement (les mariages interraciaux étaient interdits à l'époque dans 38 états). L'auteur se demande dès lors comment analyser au regard d'une jurisprudence parfois contradictoire, souvent confuse, et en tout cas fragile, la revendication du droit, au titre du 14^e Amendement, au mariage entre personnes du même sexe.

⁸²⁰ *Yick Wo v. Hopkins*.

⁸²¹ *Blythe v. Hinckley* ; *Frick v. Webb* ; *Ohio ex.rel. Clarke v. Deckebach*.

⁸²² Il y a lieu toutefois de préciser qu'en raison des pouvoirs conférés par la Constitution au gouvernement fédéral en matière d'étrangers et de naturalisation, les classifications résultant de réglementations fédérales opérant au détriment des étrangers restent soumises au *traditional standard of restrained review*, moins exigeant, voy. *Mathews v. Diaz* et *Toll v. Moreno*.

⁸²³ Alors qu'à l'égard du Titre VII, elle jugea en 1973 dans *Espinoza* (voir ci-dessous) qu'une telle discrimination fondée sur la nationalité/citoyenneté n'est pas interdite par cette législation.

termes trop larges et ne se limitait pas à exclure les ressortissants étrangers des postes requérant l'accomplissement d'intérêts publics essentiels (*the performance of substantial public interests*)⁸²⁴.

A partir de 1978 toutefois, la Cour Suprême US jugea que toute classification « *based on alienage* » n'est pas nécessairement soumise au *strict scrutiny review*, mais surtout *distingua* (« *distinguished* ») la jurisprudence *Graham v. Richardson* en ce qui concerne l'accès à l'emploi. Pareille *distinction* semble acceptable, lorsqu'elle concerne effectivement des emplois conférant des pouvoirs décisionnels discrétionnaires ou la possibilité de décider de politiques à suivre⁸²⁵. En revanche, la Cour Suprême US opéra parfois non seulement une distinction, mais un véritable revirement, pour d'autres types de fonctions. Ainsi, en 1979, dans l'affaire *Ambach v. Norwick*, elle jugea compatible avec la Constitution la réglementation de la ville de New-York réservant la possibilité de titularisation comme enseignants des écoles publiques de la ville aux seuls citoyens américains et excluant les étrangers n'ayant pas manifesté expressément leur intention d'obtenir leur naturalisation au motif que « *the distinction between citizens and aliens, though ordinarily irrelevant to private activity, is fundamental to the definition and government of a State* », alors même qu'elle avait statué exactement en sens contraire dans l'affaire *Nyquist v. Mauclet* (1977), et que cette argumentation avait été explicitement rejetée dans *Sugarman v. Dougall* (1973). De manière non surprenante, *Ambach* fut rendu 5 voix contre 4. Dans *Bernal v. Fainter* de 1984, rendu à une quasi-unanimité, la Cour suprême US semble avoir atténué le revirement opéré dans *Ambach*. Dans cette affaire, un ressortissant mexicain établi depuis plusieurs décennies aux Etats-Unis souhaitait devenir *notaire* au Texas⁸²⁶. Sa demande fut rejetée motif pris de sa nationalité. La Cour suprême US réaffirme clairement dans son arrêt que toute classification fondée sur la possession de la citoyenneté américaine en matière d'accès à l'emploi est soumise au *strict scrutiny review*, et que ce principe ne connaît qu'une exception limitée pour les « fonctions politiques », lesquelles sont soumises à un test moins exigeant. Ces fonctions sont celles qui sont intimement reliées au « processus d'autonomie démocratique » (*process of democratic self-government*), lesquelles ne recouvrent pas la fonction de notaire. Elle explique (p. 221) à cet égard que la raison d'être de l'exception est, qu'à l'intérieur de limites larges, un état peut établir sa propre forme d'autonomie et limiter le droit d'administration à

⁸²⁴ Voy également *Re Griffiths* dans lequel la Cour Suprême US jugea inconstitutionnelle une réglementation de l'état du Connecticut interdisant aux étrangers de devenir avocats au barreau de l'état, et dans lequel elle affirma : « *classifications based on alienage, being inherently suspect, are subject to close judicial scrutiny, and here the State through appellee bar committee has not met its burden of showing the classification to have been necessary to vindicate the State's undoubted interest in maintaining high professional standards* ». Cette position fut globalement également adoptée par la Cour suprême du Canada en 1989 dans *Andrews* (voy. *infra*).

⁸²⁵ Voy. *Cabell v. Chavez Salido* (officiers adjoints de probation) et *Foley v. Connelie* à propos d'une réglementation de la ville de New-York réservant aux seuls citoyens américains la possibilité de faire partie de la police. Vu sous la perspective du droit communautaire, une telle exclusion n'est pas étonnante. Elle serait d'ailleurs également validée par la Cour de justice comme relevant de l'exception prévue par l'article 39, paragraphe 4, CE.

ceux qui sont des « membres à part entière/sans réserve » (*fully-fledged members*) de la communauté politique. Néanmoins, elle confirme⁸²⁷, au titre de cette explication, la solution dégagée dans *Ambach*, de sorte qu'il n'est pas nécessairement aisé de distinguer ce qui justifie que des enseignants (*Ambach*) soient considérés comme relevant de l'exception, alors que des notaires ne le sont pas⁸²⁸.

Il y a encore lieu de noter qu'en 1996, le gouvernement fédéral adopta le *Welfare Act* par lequel il invitait, notamment, les états à refuser l'octroi de toute une série de prestations sociales aux étrangers résidant légalement aux Etats-Unis. Cet *Act* émanant du pouvoir fédéral, sa constitutionnalité n'est pas, en vertu de la jurisprudence *Mathews v. Diaz* (citée sous note xxx), soumise au *strict scrutiny review*⁸²⁹. Il y a dès lors peu de chance qu'elle soit jugée contraire au 14^e Amendement par la Cour Suprême US, même si son objectif implicite⁸³⁰ est effectivement de permettre aux réglementations des états opérant une classification sur base de la nationalité d'éviter d'être elles-mêmes soumises au *strict scrutiny review*, de sorte que les réglementations des états ayant répondu positivement à « l'invitation » du pouvoir fédéral ne pourraient non plus, en principe, être jugées inconstitutionnelles⁸³¹, à moins que le transfert d'une compétence partielle aux états en matière d'immigration soit jugé contraire à la Constitution⁸³².

4) La durée de résidence dans un état

Le droit constitutionnel de circuler et de séjourner dans les différents états existe dans la Constitution, mais ce n'est que qu'à la fin des années soixante que la Cour suprême US a affirmé que les classifications opérées sur base de la durée de résidence dans l'état d'accueil sont soumises au *strict scrutiny review*. Dans l'affaire *Shapiro v. Thompson* de 1969 était en cause la constitutionnalité de réglementations de l'état du Connecticut et du District of Columbia⁸³³ refusant l'octroi de prestations

⁸²⁶ Selon la législation texane, les notaires authentifient des actes, font prêter des serments et prennent des dépositions en dehors du tribunal.

⁸²⁷ Alors que la majorité dans *Bernal* est composée notamment des quatre juges dissidents dans *Ambach*.

⁸²⁸ A tout le moins en droit communautaire, une solution inverse paraîtrait s'imposer, même s'il faut noter que la Commission a entamé des procédures d'infraction contre sept Etats membres qui imposent une condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire. La Cour suprême US explique cette solution en arguant (p. 220) que les enseignants possèdent un haut degré de responsabilité et de discrétion dans l'accomplissement d'une obligation gouvernementale de base.

⁸²⁹ Pour une brève présentation de ce problème et sur la distinction entre la protection offerte aux étrangers contre les discriminations par l'état fédéral, les états et les particuliers, voy. K.J. Figueroa, « Immigrants And The Civil Rights Regime : Parens Patriae Standing, Foreign Governments And Protection From Private Discrimination », *102 Columbia Law Review*, n° 2 (2002), pp. 408 et 411, texte sous note (17).

⁸³⁰ Voir M.J. Wishnie, « Laboratories of Bigotry ? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection and Federalism », *76 New York Law Review*, (2001), p. 493 et 496.

⁸³¹ C'est pourquoi cet *Act* est souvent sévèrement critiqué en doctrine. Outre M.J. Wishnie, voy. également J.M. Waite, « The United States Supreme Court's Anomalous Approach to Discriminatory Alienage Classifications : International, Canadian, and Domestic Law Compared », *11 Emory International Law Review* (1997).

⁸³² M.J. Wishnie, p.522.

⁸³³ Pour celui-ci, et compte tenu de l'inapplicabilité du 14^e Amendement, la Cour suprême US conclut à la violation de la Due Process Clause du 5^e Amendement (pp. 641-642).

sociales aux personnes n'ayant pas résidé plus d'une année dans ces états lors de l'introduction de leur demande. La Cour suprême US conclut à la violation du 14^e Amendement au motif que « *the statutory prohibition of benefits to residents of less than a year creates a classification which denies equal protection of the laws because the interests allegedly served by the classification either may not constitutionally be promoted by government or are not compelling governmental interests* » (p. 627). Elle considérait ainsi cette classification comme suspecte et la soumettait dès lors au test du « *compelling governmental interest* » (intérêt gouvernemental impérieux) applicable à ce type de classification⁸³⁴. La Cour suprême US admettait toutefois qu'aucune disposition constitutionnelle spécifique ne conférait un tel « droit de voyager » (*right to travel*), mais que la recherche de la disposition constitutionnelle spécifiquement applicable n'est pas nécessaire, compte tenu du fait qu'un tel droit est historiquement reconnu et de l'importance de son rôle dans le développement de la nation américaine (p. 630)

En 1974, dans *Memorial Hospital v. Maricopa County*, la Cour suprême US justifia la qualification de « discrimination odieuse » donnée à la classification opérée sur la base de la durée de résidence par le motif qu'une telle condition de résidence a pour effet de pénaliser les indigents *exerçant leur droit constitutionnel à la circulation entre les différents états (interstate migration)*. En l'espèce, elle jugea par ailleurs que les causes de justification avancées par le comté défendeur (économies fiscales, décourager la circulation des indigents, protéger les anciens résidents qui ont contribué pendant de nombreuses années à la communauté en payant des taxes, la prévention de fraude ou la prévisibilité du budget) ne constituent pas des raisons suffisantes étayant l'existence d'un *compelling interest* dans le chef de l'état.

Après ces premiers arrêts, la jurisprudence est toutefois devenue plus confuse. Dans *Sosna v. Iowa* de 1975, la requérante avait introduit devant les tribunaux de l'Iowa une action en divorce, laquelle fut rejeté pour défaut de compétence territoriale, la requérante ne résidant pas dans cet état depuis plus d'un an. Dans son arrêt, la Cour suprême US se distancie d'abord de sa jurisprudence antérieure en arguant que celle-ci ne signifie pas que les états ne peuvent pas imposer de condition de durée de résidence, mais que des considérations budgétaires, comme celles invoquées alors, ne suffisent pas pour justifier une atteinte au droit constitutionnel des requérants. En revanche, en l'espèce, la Cour suprême US considère qu'un état peut, compte tenu des conséquences attachées à un divorce, telle la garde des enfants par exemple, légitimement exiger une période de résidence minimale (p. 407). Sur le fond, une telle position paraît défendable. Il y a toutefois lieu de noter que pour arriver à celle-ci, la Cour suprême semble avoir modifié la qualification de la classification opérée sur ce critère de durée de résidence (elle ne parle plus de « *suspect classification* ») et avoir, en conséquence, atténué la

⁸³⁴ Dans le même sens, voy. *Dunn v. Blumstein*, concernant le droit de vote.

rigueur du « *test review* »⁸³⁵, dans la mesure où elle se borne à affirmer la légitimité de l'intérêt avancé par l'état défendeur sans expliquer en quoi cet intérêt servirait un *compelling interest*⁸³⁶, un peu comme le fait parfois la Cour européenne (voy. par exemple l'arrêt *Mazurek*).

L'arrêt *Attorney-General of New-York v. Soto-Lopez* de 1986 illustre encore mieux cette confusion. Etait en cause la constitutionnalité d'une réglementation de l'état de New-York accordant des points de préférence dans l'accès à des emplois publics aux vétérans de l'armée résidant à New-York et qui y résidaient lorsqu'ils étaient entrés dans l'armée. La Cour suprême US conclut, 6 voix contre 3, à la violation du 14^e Amendement, mais les membres de la majorité adoptèrent des raisonnements juridiques très différents pour parvenir à cette conclusion. Les juges Blackmun, Marshall, Brennan et Powell firent une interprétation stricte de la jurisprudence *Shapiro* : le droit de voyager est constitutionnellement reconnu, même si la détermination de la disposition constitutionnelle renfermant ce droit est incertaine. En outre, la création de différentes classes de résidents crée une classification suspecte au regard du 14^e Amendement et est donc soumise au *strict scrutiny review*. En revanche, le Chief Justice Burger conclut à la violation du 14^e Amendement au motif que la réglementation en cause ne satisfaisait pas au *traditional standard review* du 14^e Amendement. Il reprocha, en outre, aux autres juges de la majorité d'avoir fondé, en priorité, leur analyse sur une violation du *droit de voyager* et d'avoir appliqué de suite le *strict scrutiny review* sans avoir cherché à examiner si la réglementation en cause ne serait pas contraire au 14^e Amendement sur base du seul *traditional standard review*⁸³⁷. De son côté, le juge White estima que le droit de voyager n'était pas suffisamment en cause pour justifier une application du *strict scrutiny review*, mais rejoignit le Chief Justice dans son interprétation du 14^e Amendement. Il pourrait donc être argué que cet arrêt fut rendu par une majorité de juges ayant fondé leur conviction sur des raisonnements juridique diamétralement opposés !

⁸³⁵ Les prémisses de cette modification de qualification semblent déjà pouvoir être décelées dans *Vlandis v. Kline* de 1973 dans lequel était en cause la constitutionnalité d'une présomption irréfragable de non-résidence opposable aux étudiants des universités de l'état du Connecticut et fondée sur le fait qu'ils n'étaient pas résidents au moment de leur demande d'accès à ces universités. De manière prémonitoire, le juge Marshall, dans son opinion concordante, déclarait alors que s'il pouvait se joindre à la majorité pour déclarer inconstitutionnelle cette présomption irréfragable, il ne pouvait s'y joindre en ce qu'elle semblait accepter la condition d'une durée préalable de résidence d'une année dans l'état, laquelle lui paraissait directement contraire à la jurisprudence *Shapiro* (pp. 454-455).

⁸³⁶ C'est au même constat qu'arrivent les juges Marshall et Brennan dans leur opinion dissidente : « *the Court's failure to address the instant case in these terms suggests a new distaste for the mode of analysis we have applied to this corner of equal protection law. In its stead, the Court has employed what appears to be an ad hoc balancing test, under which the State's putative interest in ensuring that its divorce petitioners establish some roots in Iowa is said to justify the one-year residency requirement. I am concerned not only about the disposition of this case, but also about the implications of the majority's analysis for other divorce statutes and for durational residency requirement cases in general* » (p. 419).

⁸³⁷ Le Chief Justice appuyait son argumentation sur deux arrêts de la Cour suprême US de 1982 (*Zobel v. Williams*) et de 1985 (*Hooper v. Bernalillo County Assessor*), lesquels avaient été rendus, à titre principal, sur cette base..., mais dans lesquels, surtout dans le premier, quatre juges (juges Brennan, Marshall, Blackmun et Powell) avaient déjà, dans leur opinion concordante, insisté sur une violation du droit de voyager.

Le dernier arrêt en date rendu, en 1999, par le Cour suprême US sur la constitutionnalité d'une réglementation opérant une classification selon la durée de résidence, semble vouloir mettre un terme à la confusion engendrée par la jurisprudence des années quatre-vingt. Dans l'affaire *Saenz v. Roe* était en cause la constitutionnalité d'une réglementation californienne limitant le droit aux prestations sociales, aux résidents de moins d'une année, aux prestations auxquels ils auraient eu droit dans le dernier état de résidence. Par 7 voix contre 2, la Cour suprême US juge cette loi anticonstitutionnelle au terme d'un raisonnement clair. Elle affirme que le droit de voyager, lequel inclut trois droits distincts⁸³⁸, est constitutionnellement reconnu et qu'une classification selon la durée de résidence viole le 14^e Amendement, à moins qu'elle ne soit justifiée par un *compelling governmental interest*. Pour la première fois également, elle tranche de manière claire que le droit des nouveaux résidents aux mêmes avantages que ceux octroyés aux anciens résidents se trouve inscrit dans la *Privileges and Immunities Clause* du 14^e Amendement^{839 840}.

III – Les discriminations fondées sur le sexe, soumises à un test intermédiaire strict

Il peut paraître surprenant à première vue que le sexe ne soit pas considéré par la Cour suprême US comme un motif *odieux* de discrimination, alors que, par exemple, la résidence ou la durée de résidence sont généralement considérées comme relevant de cette classification. Il convient cependant de reconnaître qu'une même attitude est adoptée par la Cour de justice en droit communautaire. Alors qu'elle est généralement très stricte dans son approche des différences de traitement fondées sur la résidence ou la durée de résidence, dans la mesure où celles-ci interviennent dans le contexte de la libre circulation des personnes, elle est souvent plus souple à l'égard des discriminations indirectes fondées sur le sexe⁸⁴¹.

⁸³⁸ Droit d'entrer et de quitter un état ; droit d'être traité comme un « visiteur bienvenu » (*welcome visitor*) et non comme un ennemi lors d'une présence temporaire ; droit pour ceux qui deviennent résidents permanents à l'égalité de traitement.

⁸³⁹ Sur cet arrêt et la notion de libre circulation entre les états, voy. J. Nzelibe, « Free Movement : a Federalist Reinterpretation », *49 American University Law Review*, (1999), p. 433.

⁸⁴⁰ Le classement de cet aspect du droit de voyager dans cette *clause* du 14^e Amendement n'est pas sans conséquences. Jusqu'à cet arrêt, la Cour suprême US n'avait pas jugé indispensable de déterminer de manière claire la disposition constitutionnelle consacrant ce droit, dès lors que celui-ci était constitutionnellement incontestable. En affirmant qu'il est consacré par cette *clause* du 14^e Amendement, la Cour suprême US dénie la même protection aux étrangers, cette *clause* n'étant applicable qu'aux seuls citoyens américains. Selon certains auteurs, il pourrait pourtant être argué que pareil droit à l'égalité de traitement est consacré non par le 14^e Amendement, mais par la *Commerce Clause* de la section 8 de l'Article I de la Constitution, laquelle bénéficie également aux étrangers ; voy. notamment S. Loffredo, « If You Ain't Got the Do, Re, Mi : the Commerce Clause and State Residency Restrictions on Welfare », *11 Yale Law & Policy Review* (1993), p. 147. *Comp.* toutefois L.K. Abel et R.E. Kaufman, « Preserving Aliens' and Migrant Workers' Access to Civil Legal Services : Constitutional and Policy Considerations », *5 U.Pa. Const. L.*, (2003), p. 491 qui suggèrent une lecture restrictive de cet aspect de l'arrêt *Saenz* (p. 503, texte sous note (60)).

⁸⁴¹ Dans ses conclusions (point 27) dans l'affaire *O'Flynn*, l'avocat général Lenz a tenté de justifier cette différence par le fait que dans l'article 141 du traité « *il est possible d'envisager de nombreux cas où il existe un doute réel sur la question de savoir si une certaine règle désavantage les femmes et les hommes* » et que dans

La jurisprudence de la Cour suprême US a néanmoins radicalement évolué depuis 1873. Cette année-là, elle jugea dans l'affaire *Bradwell v. Illinois* que ne violait pas le 14^e Amendement la législation d'un état qui refusait aux femmes l'autorisation d'exercer les professions juridiques aux motifs que le droit civil, mais la nature elle-même, ont toujours reconnu la grande différence dans les destinées des hommes et des femmes. L'homme est, ou devrait être, le protecteur de la femme et son défenseur. La timidité naturelle et la délicatesse qui sont le propre de la femme rendent dès lors celle-ci inapte à de nombreuses occupations civiles. La constitution de l'organisation familiale, laquelle est fondée sur l'ordonnance divine, ainsi que sur la nature des choses, indique que la sphère domestique est celle qui convient pour les fonctions que doivent exercer les femmes ! Pareille argumentation peut, au mieux, prêter à sourire, vue avec plus d'un siècle de recul⁸⁴². Elle explique toutefois aussi pourquoi, pendant plusieurs décennies, et même après l'arrêt *Brown* de 1954, le contrôle des différences de traitement fondées sur le sexe exercé dans le cadre du 14^e Amendement demeura assez restreint⁸⁴³.

C'est à partir du début des années septante que la Cour suprême US commença à modifier de manière notable son approche de la conformité à l'EPC des différences fondées sur le sexe⁸⁴⁴. En 1971, dans l'affaire *Reed v. Reed*, la Cour suprême US invalida une disposition du code des successions de l'Idaho qui donnait une préférence automatique aux hommes par rapport aux femmes quand ils sont également qualifiés pour gérer une succession. Pour atteindre cette conclusion, elle s'appuya certes sur le *traditional standard review*, mais son analyse indique cependant que tous les intérêts légitimes des états ne permettront pas de justifier des différences fondées sur le sexe. En 1973,

ces conditions « *il est raisonnable de ne parler de discrimination à l'égard d'un sexe que si la réglementation litigieuse concerne* » beaucoup plus de représentants d'un sexe que de l'autre.

⁸⁴² A la même époque, en 1889, la Cour de cassation belge adoptait un langage très similaire : « si le législateur n'avait pas exclu par une disposition formelle les femmes du barreau, c'était parce qu'il tenait pour axiome trop évident pour qu'il faille l'énoncer que le service de la justice était réservé aux hommes », cité par Ch. Perelman, « Egalité et valeur » in *L'égalité*, vol. 1, 1971, pp. 319 et 322.

⁸⁴³ Avant : voir par exemple *Minor v. Happersett* légitimant une législation du Missouri restreignant le droit de vote aux seuls hommes ; *Muller v. Oregon* légitimant une législation de l'Oregon interdisant l'emploi des femmes dans les usines au-delà de dix heures par jour ; *West Coast Hotel v. Parrish*, légitimant une législation de l'état de Washington instaurant un salaire minimum pour les seules femmes. La jurisprudence de la Cour suprême US procédait donc toujours d'une inspiration paternaliste visant à protéger les femmes contre des conditions de travail trop dures. C'est le même débat qui entoura les affaires dont la Cour de justice eut à connaître à partir de 1991 et l'arrêt *Stoeckel*, à propos du travail de nuit des femmes. Après : *Hoyt v. Florida*, légitimant une réglementation de l'état de Floride selon laquelle les femmes ne pouvaient être appelées à faire partie d'un jury dans le cadre d'un procès criminel que si elles se portaient volontaires.

⁸⁴⁴ Plusieurs éléments sont sans doute à l'origine de cette évolution marquante et persistante : l'adoption du *Civil Rights Act* en 1964 prohibant expressément les discriminations fondées sur le sexe, la composition assez libérale de la Cour suprême US à cette époque, ainsi que le fait qu'à partir de 1972 fut discutée une proposition de nouvel amendement à la Constitution selon lequel « l'égalité des droits devant la loi ne peut être refusée ou limitée pour raison d'appartenance sexuelle par les Etats-Unis ni par un quelconque état ». Cette proposition d'amendement fut finalement abandonnée en 1982 lorsqu'il devint évident qu'elle ne réunirait pas une majorité des trois-quarts des états requise par la Constitution pour son adoption (il ne manqua les voix que de trois états). Pour une liste complète des affaires examinées par le Cour suprême US au titre de l'EPC et incluant une plainte de discrimination fondée sur le sexe, voy. S.B. Riegel, « She, The People : The Nineteenth Amendment, Sex

dans *Frontiero v. Richardson*, quatre juges⁸⁴⁵ affirmèrent que les différences fondées sur le sexe sont automatiquement suspectes au regard de l'EPC du 14^e Amendement et donc soumises au *close judicial scrutiny*. Mais dans leur opinion concordante, trois autres⁸⁴⁶ estimèrent que la législation fédérale prévoyant que les conjoints masculins des membres féminins de l'US Air Force ne sont considérés à la charge de leurs épouses que s'ils le sont, réellement, à hauteur de plus de 50%, une telle exigence n'étant pas requise dans le cas contraire, violait le 14^e Amendement parce qu'elle ne résistait pas au *traditional standard review*, et ajoutèrent qu'il était inutile pour la Cour suprême US de se prononcer sur la question de savoir si les classifications fondées sur le sexe sont *inherently suspect*. Un quatrième (juge Stewart), dans une opinion concordante séparée, se limita à constater que la classification en cause ne résistait pas au *traditional review*.

C'est en 1976, dans *Craig v. Boren*, que la Cour suprême US adopta formellement la thèse que les classifications fondées sur le sexe sont soumises à un *intermediate scrutiny review*. Cette affaire concernait la compatibilité avec l'EPC d'une législation de l'Oklahoma interdisant la vente de bière aux hommes âgés de moins de 21 ans tout en l'autorisant aux femmes dès l'âge de 18 ans. La Cour suprême US conclut à la violation du 14^e Amendement en prenant comme point de départ que les classifications fondées sur le sexe sont, en général, inappropriées. Examinant ensuite l'« objectif gouvernemental impérieux » de la sécurité routière invoqué au soutien de cette législation, elle estima (p. 200) que les statistiques apportées « *cannot support the conclusion that the gender-based distinction closely serves to achieve that objective and therefore the distinction cannot under Reed withstand equal protection challenge* »⁸⁴⁷. Ce test intermédiaire fut globalement suivi jusqu'en 1996, mais pas toujours sans difficultés⁸⁴⁸.

Ainsi dans l'affaire *Michael M. v. Sonoma County Superior Court*, le requérant, un jeune homme de 17 ans et demi, était inculpé pour violation de la réglementation de Californie sur le « viol légal » pour avoir eu une relation sexuelle⁸⁴⁹ avec une jeune fille âgée de moins de 18 ans, cette

Equality, Federalism, And The Family », 115 *Harvard Law Review*, (2002), pp. 950 et 1023, texte sous note (246).

⁸⁴⁵ Brennan, Douglas, White et Marshall.

⁸⁴⁶ Chief Justice Burger et juges Powell et Blackmun.

⁸⁴⁷ Opinion majoritaire des juges Brennan, White, Marshall, Powell, Stevens et Blackmun. Dans leur opinion concurrente, les juges Powell et Stevens (pp. 210 et 211) exprimèrent une plus grande réserve quant à l'interprétation, extensive selon eux, faite par la majorité de l'arrêt *Reed v. Reed*. Mais dans d'autres arrêts, *Caban v. Mohammed*, pour le juge Powell, et *Califano v. Goldfarb*, pour le juge Stevens, ils se rallièrent à la thèse de l'*intermediate scrutiny review*, selon laquelle « *gender-based distinctions must « serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives »* ».

⁸⁴⁸ R.B. Siegel (p. 956) a relevé l'ambiguïté potentielle engendrée par la notion de test intermédiaire : « ... we discover deep confusion about the positive and normative foundations of sex discrimination doctrine. Does intermediate scrutiny express a judgment about the gravity of sex discrimination and the depth of our collective commitment of its eradication, or does the standard instead express the inchoate intuition that the kinds of practices that count as race and sex discrimination differ ? ».

⁸⁴⁹ Consentante au début, mais moins par la suite (voir les questions-réponses de l'interrogatoire mené, p. 485).

réglementation ne prévoyant pas d'inculpation dans le cas contraire⁸⁵⁰. Par 5 voix contre 4, la Cour suprême US conclut à la validité de la réglementation californienne. Le raisonnement mené par la majorité témoigne toutefois des perpétuelles dissensions entre les membres de la Cour suprême US quant à la qualification des classifications fondées sur le sexe. Il est également intéressant en ce qui concerne l'application même du concept de discrimination.

La majorité affirme d'abord (p. 468) que la Cour suprême US n'a jamais consacré l'idée que les classifications fondées sur le sexe sont *inherently suspect*. Elle admet toutefois que de telles classifications exigent plus que le *traditional minimum rationality test* et suppose un « *sharper focus* ». Elle poursuit en affirmant que la Cour suprême US a toujours confirmé la constitutionnalité de lois dans lesquelles les classifications fondées sur le sexe « *reflète de façon réaliste le fait que les sexes ne sont pas placés dans des situations similaires dans certaines circonstances* ». Cette affirmation soulève une question sérieuse⁸⁵¹. Si les hommes et les femmes ne sont pas placés dans une situation comparable, le constat d'une discrimination est impossible, de sorte que l'examen même des *important governmental interests* pouvant justifier la différence de traitement n'aurait pas lieu d'être.

La majorité se concentre pourtant essentiellement sur cette question et conclut que dès lors qu'au moins un des objectifs poursuivis par le législateur californien est la prévention des grossesses chez les jeunes adolescentes, et qu'un tel objectif est important et légitime, la différence opérée en l'espèce est conforme à l'EPC⁸⁵². Le requérant avait également invoqué le fait que la réglementation attaquée ne respectait pas le principe de proportionnalité, dans la mesure où une réglementation formulée de

⁸⁵⁰ Sur une question assez similaire au Canada, voy. *infra*, les commentaires sur l'arrêt *Hess* de la Cour suprême du Canada.

⁸⁵¹ Outre le fait que la conception que la majorité se fait des différences pouvant exister entre les sexes est particulièrement large. Ainsi, dans *Kahn v. Shevin*, était en cause une réglementation de Floride prévoyant une exemption fiscale pour les veuves et pas pour les veufs. La Cour suprême US (6-3) affirma la validité de cette réglementation au regard du 14^e Amendement notamment au motif que les veuves se trouvaient généralement dans une situation économique plus délicate (« *While the widower can usually continue in the occupation which preceded his spouse's death, in many cases the widow will find herself suddenly forced into a job market with which she is unfamiliar, and in which, because of her former economic dependency, she will have fewer skills to offer* » - p. 354). Indépendamment de son caractère plutôt paternaliste, pareille approche, à connotation purement économique, ne repose sur aucune différence *intrinsèque* qui existerait entre les sexes. Cet arrêt date de 1974 ; il est permis de penser que la Cour suprême US n'adopterait plus aujourd'hui une conception aussi « traditionnelle ».

De la même manière, les observations formulées par le juge Stewart dans son opinion concordante illustrent particulièrement bien le fait que la Cour suprême US n'entend pas traiter « race » et « sexe » de la même manière au regard de l'EPC et entend se donner une marge de manoeuvre assez grande dans l'appréciation des classifications fondées sur le sexe (p. 478) : « *detrimental racial classifications by government always violate the Constitution, for the simple reason that, so far as the Constitution is concerned, people of different races are always similarly situated. By contrast, while detrimental gender classifications by government often violate the Constitution, they do not always do so, for the reason that there are differences between males and females that the Constitution necessarily recognizes* ».

⁸⁵² Les juges dissidents contestent cette appréciation (p. 494) et affirment, en se fondant sur la jurisprudence des cours et tribunaux californiens, qu'en réalité la réglementation en cause traduisait le point de vue que les jeunes

manière neutre⁸⁵³ permettrait d'atteindre le même objectif par des moyens plus respectueux du principe d'égalité. Ici encore, la majorité adopte une vision particulièrement souple de la condition que les moyens utilisés « *doivent être reliés de manière substantielle à la réalisation de ces objectifs* ». Elle déclare en effet (p. 473) que la question n'est pas de savoir si la réglementation est formulée de manière aussi précise qu'elle le devrait, mais si la ligne choisie par le législateur se situe dans des limites constitutionnellement acceptables. En définitive, sous couvert d'un *sharper focus*, la majorité applique en réalité un *minimum rationality test*.

L'arrêt *United States v. Virginia* de 1996⁸⁵⁴ représente un changement d'orientation radicale par rapport à la jurisprudence antérieure, puisque sans formellement qualifier d'*inherently suspect* les classifications fondées sur le sexe, la Cour suprême US considère que de telles classifications ne sont compatibles avec le 14^e Amendement que si l'état apporte la preuve d'une « justification extrêmement convaincante »⁸⁵⁵. Cette affaire portait sur la question de savoir si le fait que le *Virginia Military Institute* (VMI), dont la mission particulière⁸⁵⁶ est la formation de « citoyens soldats », d'hommes formés en vue de tenir des postes de direction dans la vie publique ainsi que dans les forces militaires⁸⁵⁷, pouvait réserver cette possibilité de formation aux seuls candidats masculins. La Cour suprême US⁸⁵⁸ affirme tout d'abord que la discrimination sexuelle ne peut être assimilée à la discrimination fondée sur la race ou la nationalité⁸⁵⁹. Mais revisitant sa jurisprudence antérieure, elle affirme néanmoins qu'il découle de celle-ci que le tribunal qui connaît d'un recours en matière de différence de traitement ou d'inégibilité pour une prestation doit chercher à savoir si les arguments de la défense sont « extrêmement convaincants ». Elle ajoute que la charge de la justification est très lourde et doit être supportée exclusivement par l'état.

filles, contrairement aux jeunes hommes, sont considérées comme légalement incapables de donner leur consentement à une relation sexuelle !

⁸⁵³ Criminalisant le comportement du jeune homme et de la jeune fille.

⁸⁵⁴ Sur cet arrêt, voy. notamment le numéro entier consacré à la ségrégation sexuelle dans le système d'éducation supérieure aux Etats-Unis, « Gender & the Higher Education Classroom: Maximizing the Learning Environment », par la revue *4 Duke Journal of Gender Law & Policy*, (1997). Voy. également T. Boland, « Single-Sex Public Education: Equality versus Choice », *1 U.Pa.J.Const.L.*, (1998), p. 151.

⁸⁵⁵ « *Exceedingly persuasive justification* ». Dans le commentaire de cet arrêt, je reprends la traduction française qui en a été publiée dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998.

⁸⁵⁶ Mission qu'aucun autre établissement de Virginie n'est en mesure d'assurer.

⁸⁵⁷ La mission du VMI consiste à « former des hommes instruits et honorables, préparés aux diverses fonctions de la vie en société civile, attachés au savoir, confiants dans l'exercice des fonctions et la manifestation des conceptions du dirigeant, possédant à un degré élevé le sens du devoir envers la chose publique, partisans de la démocratie et du système de libre entreprise américains, et prêts en leur capacité de « citoyens-soldats » à défendre la patrie si le territoire national était menacé ».

⁸⁵⁸ L'arrêt fut rendu par 7 voix contre 1 (juge Scalia), mais dans son opinion concordante quant au résultat, le Chief Justice Rehnquist expose très clairement qu'à son avis, la Cour suprême US aurait dû s'en tenir à sa jurisprudence traditionnelle d'un *intermediate scrutiny review*.

⁸⁵⁹ Cette affaire se prêtait pourtant bien à une telle affirmation dans la mesure où le système attaqué de ségrégation sexuelle dans l'enseignement était très similaire à celui condamné dès 1954 dans l'affaire *Brown* en matière de ségrégation raciale.

Affirmer une évolution de la jurisprudence pouvait être considéré comme un développement bienvenu. Présenter celui-ci comme découlant de la jurisprudence existante semble en revanche plutôt témoigner d'une lecture très sélective de celle-ci⁸⁶⁰... qui ne sera pas celle opérée quatre ans plus tard dans l'affaire *Nguyen* (voir *ci-dessous*). S'agissant des « justifications extrêmement convaincantes » pouvant justifier la différence de traitement, l'état de Virginie avança deux motifs. D'une part, qu'une éducation en milieu ségrégué permettrait d'espérer des avantages pédagogiques significatifs. D'autre part, une telle méthode contribuerait à la diversité des approches didactiques. Il paraît vraiment difficile de voir dans pareils motifs une « justification extrêmement convaincante ». Ne pourrait-on même pas arguer que ces motifs ne satisferaient pas au *intermediate scrutiny test* ? La Cour suprême US ne répond pas à la question, mais se contente de constater que le VMI n'a créé qu'une alternative de seconde zone pour les femmes⁸⁶¹ en ce qui concerne la gamme des cours, la qualité du personnel enseignant, le financement, le prestige ainsi que l'influence des diplômés.

L'affaire *Nguyen* illustre une fois encore la capacité étonnante de la Cour suprême US à procéder à une relecture de sa propre jurisprudence tout en feignant d'appliquer strictement celle-ci. Le requérant, M. Tuan Anh Nguyen, né au Vietnam d'une mère vietnamienne et d'un père américain non mariés, acquiesça le statut de résident permanent légal aux Etats-Unis à l'âge de six ans. A l'âge de vingt-deux ans, il plaida coupable devant un tribunal de deux inculpations pour agressions sexuelles. Celles-ci motivèrent le service de l'immigration à entamer à son encontre une procédure d'expulsion. Devant les tribunaux, il invoqua le fait qu'il avait acquis, par son père, la nationalité américaine. Son argument fut rejeté au motif que selon la législation en vigueur la citoyenneté américaine n'est conférée à un enfant né hors mariage en dehors des Etats-Unis, que si la *mère* possède elle-même la citoyenneté américaine.

Dans son arrêt, la Cour suprême US conclut, une fois encore par un vote 5-4, à la non violation du 14^e Amendement compte tenu de « l'objectif gouvernemental important » présenté et du fait que les moyens discriminatoires utilisés étaient substantiellement liés à la réalisation de l'objectif poursuivi. Cette conclusion, si on la compare à l'argumentation soutenue dans l'arrêt *VMI*, est difficilement réconciliable avec celui-ci. D'une part, et ainsi que le relève d'emblée la minorité, bien qu'il invoque *VMI*, l'arrêt *Nguyen* interprète de manière beaucoup plus souple la justification devant être fournie pour justifier la différence de traitement, interprétation qui, en réalité, consiste à appliquer un *intermediate scrutiny review*. D'autre part, les *governmental interests* que la Cour suprême US juge suffisamment *importants* pour justifier la différence de traitement paraissent vraiment peu

⁸⁶⁰ Cela n'a toutefois rien d'étonnant, compte tenu du fait que ces arrêts ont souvent été rendus par une Cour très divisée.

⁸⁶¹ Après que les Etats-Unis ont entamé la procédure, la Virginie a réagi en créant un programme d'études destiné aux femmes, le *Virginia Women's Institute for Leadership*.

convaincants. Le premier de ces *governmental interest* était l'importance d'assurer qu'une relation biologique parent - enfant existe. La relation avec la mère est vérifiable au moment de la naissance elle-même et peut être prouvée par le certificat de naissance, les registres de l'hôpital et les témoins de la naissance. A l'inverse, le père n'est pas nécessairement présent à la naissance et sa présence n'est pas une preuve irréfutable de sa paternité. Le second *governmental interest* était la nécessité de s'assurer que l'enfant et le parent citoyen américain ont une chance, démontrable, de développer une relation qui consiste en des liens réels, quotidiens, fournissant une connexion entre l'enfant et le parent citoyen, et par suite, avec les Etats-Unis. Une telle chance serait inhérente dans l'événement même de la naissance dans le cas d'une mère citoyenne américaine, alors qu'une telle « inévitabilité » biologique ne pourrait exister dans le cas du père citoyen américain.

Pareilles affirmations paraissent découler plus d'une inspiration idéologique que reposer sur des évidences sociologiques^{862 863}. En toute hypothèse, la qualification de ces prétendus *intérêts gouvernementaux* comme *importants* invite à s'interroger sur la signification même du terme « important »⁸⁶⁴.

⁸⁶² Comme l'écrit la juge Ginsburg dans son opinion dissidente dans l'affaire *Miller v. Albright*, cette distinction repose sur des généralisations et perpétue des stéréotypes. Dans cet autre arrêt, la Cour suprême US, toujours par un vote 5-4, jugea conforme au 5^e Amendement la législation exigeant qu'un enfant né hors mariage et hors des Etats-Unis d'une mère étrangère et d'un père américain, soit légitimé avant l'âge de 18 ans s'il souhaite obtenir la citoyenneté américaine, alors qu'une telle exigence n'est pas requise dans le cas inverse.

Pour une critique similaire de l'arrière-pensée idéologique du point de vue de la majorité quant au rôle de la femme dans la société, voy. C. Rogus, « Conflating Women's Biological and Sociological Roles : The Ideal of Motherhood, Equal Protection, and the Implications of the *Nguyen v. INS Opinion* », 5 *U.Pa.J. Const. L.*, (2003), p. 803 et M. Fernandez, « Title VIII U.S.C. § 1409 of The US Immigration And Nationality Act – Children Born Out of Wedlock : Undermining Fathers' Rights And Perpetuating Gendered Parenthood In Citizenship Law », 54 *Florida Law Review*, (2002), p. 950.

⁸⁶³ Il est à cet égard intéressant de noter qu'une disposition similaire existait au Canada dans la *Loi sur la citoyenneté*... mais elle prévoyait que les personnes nées à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977 acquerraient la citoyenneté sur demande, mais que si c'était leur mère qui était canadienne les demandeurs devaient se soumettre à une enquête de sécurité et prêter serment. A l'inverse de la Cour suprême US, la Cour suprême du Canada jugea clairement discriminatoire pareille réglementation et affirma que cette différence de traitement « constitue une négation du droit à l'égalité », voy. *Benner c. Canada* de 1997.

⁸⁶⁴ Comme l'a écrit la doctrine, cet arrêt constitue en tout cas un pas arrière vers l'époque où les tribunaux américains « could simply rattle the saber of biological determinism to condone sex-based classifications », « The Supreme Court – Leading Cases », 114 *Harvard Law Review*, (2001), pp. 306 et 377. Pour une présentation détaillée de cet arrêt et des réserves sérieuses qu'il suscite, voy. E. Chlopak, « Mandatory Motherhood and Frustrated Fatherhood : The Supreme Court's Preservation of Gender Discrimination in American Citizenship Law », 51 *American University Law Review*, (2002), pp. 967 et 970, lequel note que la conclusion atteinte par la majorité implique, en pratique, que l'intéressé aurait acquis la nationalité américaine et ne serait donc pas susceptible d'être expulsé si sa mère, qui l'a abandonné lorsqu'il était encore un bébé, avait été américaine. En revanche, certains commentateurs voient néanmoins dans cet arrêt une raison d'espérer, au motif que la Cour suprême US aurait pu atteindre le même résultat en jugeant simplement que les dispositions contestées avaient été adoptées conformément au pouvoir souverain conféré par le Congrès au gouvernement fédéral dans le domaine de l'immigration et qu'elles étaient par conséquent protégées contre un examen sérieux de constitutionnalité, voie suggérée par le gouvernement, mais non suivie par la Cour suprême US ; T. Morrisson, « The Supreme Court and Immigration Law : A New Commitment To Avoiding Hard Constitutional Questions ? », *Findlaw Writ*, 31 juillet 2001. En 2003, dans l'affaire *Demore v. Kim*, la Cour suprême US jugea

L'arrêt *Hibbs* de 2003 ne semble pas remettre en cause la conclusion de l'arrêt *Nguyen*. Cet arrêt portait d'ailleurs nettement moins sur une question de discrimination que sur la question de l'existence ou non d'une immunité juridictionnelle des états, au titre du 11^e Amendement, en présence d'une allégation de violation du 14^e Amendement. Dans cette affaire, le plaignant, un employé public de l'état du Nevada, avait eu droit à une période de douze semaines de congé non rémunéré pour soigner sa femme en vertu d'un *Act* fédéral. Il avait ensuite été licencié dans la mesure où il n'avait pas réintégré son emploi à l'issue de ce congé. Pour étayer sa conclusion de l'existence d'un droit d'action contre l'état devant une juridiction fédérale au titre du 14^e Amendement, le *Chief Justice* Rehnquist, écrivant pour la majorité, constate d'abord l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe⁸⁶⁵. Pour aboutir à ce constat, il s'appuie certes sur l'arrêt *VMI*, mais en des termes qui ne laissent nullement transparaître qu'il interprète désormais⁸⁶⁶ celui-ci comme ayant consacré la soumission des discriminations fondées sur le sexe au test le plus difficile du « strict scrutiny review ». Ainsi, s'il distingue clairement le sexe de l'âge ou du handicap qui, rappelle-t-il, ne sont soumis qu'au *traditional review*, il rappelle également qu'une distinction fondée sur la race est, elle, *presumptively invalid*, ce qui n'est pas le cas d'une différence fondée sur le sexe⁸⁶⁷.

IV – Les autres discriminations, soumises au test de rationalité le plus souple

C'est en 1911, dans l'arrêt *Lindsley v. Natural Carbonic Gas*, que la Cour suprême US a établi qu'une classification, dès lors qu'elle ne repose pas sur un « motif suspect », est justifiée pour autant qu'elle n'est pas sans base raisonnable (*without any reasonable basis*). Cet arrêt établit les quatre règles qui gouvernent toujours l'application de l'EPC du 14^e Amendement : (1) l'EPC ne prive pas les états de la possibilité de procéder à des classifications lorsqu'ils adoptent des lois, mais leur laisse une large marge discrétionnaire à cet égard ; elle ne vise à sanctionner que les classifications sans aucune base raisonnable, et donc purement arbitraires ; (2) une classification ayant une certaine base raisonnable ne viole pas l'EPC simplement parce qu'elle n'est pas opérée avec une précision mathématique (*mathematical nicety*) ou parce qu'en pratique elle engendre une certaine inégalité ; (3) lorsqu'une telle classification est contestée au titre de l'EPC, si un état de fait qui soutiendrait celle-ci peut raisonnablement être imaginé, l'existence d'un tel état de fait au moment de l'adoption de la loi

d'ailleurs, dans un autre arrêt rendu 5-4, que le Congrès pourrait empêcher les cours fédérales de procéder à un tel examen de constitutionnalité, mais qu'une telle intention du Congrès doit être exprimée de manière expresse.

⁸⁶⁵ Les statistiques disponibles montraient que les employeurs avaient une très nette tendance à accorder de tels congés aux femmes plutôt qu'aux hommes renforçant ainsi le stéréotype que les responsabilités familiales incombent prioritairement aux femmes.

⁸⁶⁶ Dans son opinion concordante dans *VMI*, le *Chief Justice* avait clairement exprimé son avis que les discriminations fondées sur le sexe doivent être soumises au *intermediate scrutiny review test* (voy. *supra*, note (xx)).

⁸⁶⁷ La motivation qu'il utilise illustre néanmoins qu'il partage l'idée que les différences fondées sur le sexe méritent un examen réellement sérieux (*heightened scrutiny*) de constitutionnalité, en raison de la « longue et considérable histoire de la discrimination fondée sur le sexe ».

doit être présumée ; (4) celui qui attaque une telle classification supporte la charge de rapporter la preuve qu'elle ne repose pas sur une base raisonnable, mais est essentiellement arbitraire.

En outre, la Cour suprême US a toujours affirmé que la possibilité, même limitée, de contrôle dans le cadre d'une analyse du droit à la protection égale conférée par le 14^e Amendement n'autorise pas les tribunaux à s'ériger en juges de la sagesse, de l'équité ou de la logique des choix législatifs⁸⁶⁸. Cette reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire étendu du législateur fut fermement formulée dans *Plyler v. Doe* en 1982⁸⁶⁹.

1) L'orientation sexuelle

Une classification fondée sur l'orientation sexuelle n'est soumise qu'à ce contrôle de type minimal. Ainsi, dans *Bowers v. Hardwick* (1986), était en cause la constitutionnalité d'une réglementation de l'état de Géorgie criminalisant la sodomie entre adultes mâles consentants, même lorsqu'elle a lieu dans une chambre au domicile d'une des personnes poursuivies. Par un vote 5-4, la Cour suprême US conclut à la non violation de la Constitution. Elle énonce tout d'abord que la Constitution ne confère aucun droit fondamental aux homosexuels en matière de sodomie, ce qui lui permet de ne pas appliquer une *heightened scrutiny*. Elle affirme ensuite qu'il convient d'examiner avec beaucoup de réticence toute demande visant à étendre la notion de « droits fondamentaux » devant faire l'objet d'une protection spéciale. Enfin, et en réponse à l'argument selon lequel même si ce comportement ne constitue pas un droit fondamental, la distinction de traitement doit pouvoir au moins être justifiable sur une « base raisonnable », laquelle, selon les requérants, fait défaut, car cette distinction s'appuie seulement sur la croyance présumée que la majorité des habitants de Géorgie estiment immorale la sodomie homosexuelle, la majorité de la Cour suprême US argue que toute loi repose toujours sur des choix moraux et que si les lois reposant essentiellement sur des choix moraux étaient attaquables au titre de la *Due Process Clause*, les tribunaux seraient surchargés !

Pareille « argumentation », laissant transpirer les choix moraux de la majorité de la Cour, mais dont on ne détecte guère les soubassements juridiques, peut laisser perplexe.

Une (première) évolution certaine de cette attitude intervint dix ans plus tard dans l'arrêt *Romer v. Evans*. Après que plusieurs villes ont voté des ordonnances prohibant toute discrimination fondée sur

⁸⁶⁸ *Heller v. Doe*, p. 319.

⁸⁶⁹ « The Equal Protection Clause directs that "all persons similarly circumstanced shall be treated alike." But so too, "[t]he Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same." The initial discretion to determine what is "different" and what is "the same" resides in the legislatures of the States. A legislature must have substantial latitude to establish classifications that roughly approximate the nature of the problem perceived, that accommodate competing concerns both public and private, and that account for limitations on the practical ability of the State to remedy every ill. In

l'orientation sexuelle en matière, notamment, de logement, d'emploi et d'enseignement, les électeurs de l'état du Colorado adoptèrent, par référendum, un *Amendment* à la Constitution de l'état, interdisant aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire toute action destinée à protéger le statut des personnes et fondée sur leur orientation, leur conduite ou leurs pratiques homosexuelles, lesbiennes ou bisexuelles.

Des homosexuels et des villes de l'état entamèrent une action devant les tribunaux visant à faire constater l'inconstitutionnalité de cet *Amendment*. Par un vote 6-3, la Cour suprême US conclut effectivement à la violation du 14^e Amendement. Le raisonnement sur lequel elle s'appuie reste toutefois minimaliste. Elle note tout d'abord que l'argument invoqué par l'état, à savoir que cet *Amendment* a pour seule conséquence de mettre les homosexuels sur le même pied que toutes les autres personnes en leur refusant tout droit ou avantage spécifique, n'est pas « plausible », dans la mesure où il a essentiellement pour effet de les exclure de toute protection fondée sur leur orientation sexuelle. Ensuite, elle constate, après avoir rappelé que la classification qu'il opère doit seulement pouvoir reposer sur une base raisonnable, que l'*Amendment* contesté ne satisfait pas à ce test traditionnel, et même qu'il le brave ouvertement⁸⁷⁰.

La Cour suprême US précise à cet égard que la disqualification de toute une catégorie de personnes du droit d'obtenir la protection spécifique de la loi ne connaît pas de précédent et constitue, en elle-même, une négation de la « protection égale » dans son sens le plus littéral. Il est dès lors intéressant de noter que la minorité fait une lecture diamétralement opposée de l'étendue de la notion de « protection égale ». Selon le juge Scalia, qui écrit pour la minorité, l'amendement constitutionnel qui était soumis à la Cour suprême US ne constituait pas la manifestation d'un désir brutal de faire du tort aux homosexuels, mais plutôt une tentative modeste de la part d'électeurs, plutôt tolérants, du Colorado de préserver les goûts sexuels traditionnels contre les efforts d'une minorité politiquement puissante pour les réviser par le biais de l'utilisation des lois^{871 872}!

Cette opposition extrême de points de vue sur la portée même du concept de l'*Equal Protection Clause* n'est certes guère étonnante compte tenu de la nette séparation philosophique et idéologique

applying the Equal Protection Clause to most forms of state action, we thus seek only the assurance that the classification at issue bears some fair relationship to a legitimate public purpose ».

⁸⁷⁰ En 1996, la cour suprême de Hawaïi jugea contraire à la clause de l'égalité de protection de la loi contenue dans la constitution de l'état de Hawaïi l'interdiction de mariage entre personnes du même sexe (*Baehr v. Miike*) en considérant que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle était soumise au *strict scrutiny review*. Toutefois, cet arrêt incita le législateur de l'état à modifier la Constitution de l'état et à réserver le mariage aux personnes de sexe opposé. Saisie une nouvelle fois en 1999, la cour suprême de Hawaïi rejeta cette fois le recours en prenant acte de la modification constitutionnelle intervenue.

⁸⁷¹ Il ajoute par ailleurs que le point de vue de la majorité contredit expressément l'arrêt *Bowers*, dont la validité n'était pourtant pas contestée en l'espèce.

⁸⁷² Sur cet arrêt, voy. le numéro spécial du 2 *National Journal of Sexual Orientation Law*, vol. 2, (1996), « *Romer v. Evans : The Decision and Its Impact* », et en particulier M.A. Fajer, « *Bowers v. Harwick, Romer v. Evans, And the Meaning of Anti-Discrimination Legislation* », pp. 208 à 215.

divisant les juges de la Cour suprême US. Il peut être ajouté que le fait de faire reposer, dans un tel domaine, le constat de l'existence d'une violation du 14^e Amendement sur l'appréciation, éminemment subjective, de ce qui constitue, ou non, une base raisonnable à la classification opérée ne peut qu'accroître l'aspect radical des divergences de vue entre juges, puisque ceux-ci ne sont plus restreints dans cette appréciation par les critères applicables en cas de *heightened* ou même *intermediate scrutinies*⁸⁷³.

L'arrêt *Lawrence v. Texas* de 2003, qui portait sur la constitutionnalité d'une réglementation texane très similaire à celle en cause dans *Bowers*, consacrera un renversement total de *Bowers*. Bien que rendu à une « confortable » majorité (6-3), le raisonnement juridique ayant conduit à ce renversement reste toutefois quelque peu surprenant⁸⁷⁴, car, comme l'écrit le juge Scalia dans son opinion dissidente, la quasi-totalité de la motivation de l'arrêt ne présente aucune pertinence en ce qui concerne son résultat concret, à savoir que la réglementation en cause ne poursuit aucun intérêt légitime justifiant son application aux demandeurs en vertu du *rational-basis review*.

Le juge Kennedy, écrivant pour la majorité, circonscrit d'abord le litige à la question suivante : les plaignants sont-ils libres, en tant qu'adultes, de s'engager dans un comportement privé en exerçant leur liberté au titre de la DPC du 14^e Amendement ? La majorité répond clairement de manière positive à cette question, ... mais s'arrête là⁸⁷⁵. Elle ne qualifie pas le comportement privé en cause – la pratique de la sodomie entre adultes homosexuels consentants – de droit personnel fondamental⁸⁷⁶, ce qui emporterait comme conséquence que toute atteinte à celui-ci est soumise au *strict scrutiny review*. Elle n'examine pas non plus si la restriction apportée à la liberté en cause par la législation texane poursuit un objectif légitime, impérieux ou non, justifiant l'intrusion dans la vie privée et personnelle des plaignants. A cet égard, elle se borne à constater que la réglementation texane ne poursuit aucun intérêt légitime pouvant justifier cette intrusion dans la vie privée et personnelle. Son raisonnement juridique est donc *sui generis* par rapport à la structure du raisonnement que sa doctrine

⁸⁷³ L'arrêt rendu (dans le cadre du Premier Amendement - liberté d'expression et d'association), en 2000, dans *Boy Scouts of America v. Dale* témoigne lui aussi des profondes divisions traversant la Cour suprême US à propos de la protection des droits des homosexuels. Dans un nouveau vote 5-4, la Cour suprême US estime que l'association des Boy Scouts peut exclure de ses rangs le requérant, *scoutmaster* et homosexuel avoué, au nom de son droit constitutionnel à la liberté d'association et d'expression. Elle juge que son droit à inculquer à ses jeunes membres son système de valeurs pourrait être mis en cause par la présence d'un homosexuel avoué alors qu'elle a fait le choix de ne pas exposer des points de vue contraire à ses opinions. Elle refuse également d'appliquer l'*intermediate standard of review* propre au Premier Amendement et estime que ce choix de l'association n'est soumis qu'au *traditional First Amendment analysis*.

⁸⁷⁴ M. Eudes, « Vingt ans après la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême américaine condamne la répression pénale des homosexuels », *Revue des droits fondamentaux*, 2003, parle d'une « interprétation audacieuse » du 14^e Amendement.

⁸⁷⁵ R.C. Post (p. 10) évoque la réelle incertitude découlant de cet arrêt sur la nature exacte des valeurs constitutionnelles que la Cour suprême US souhaite protéger.

⁸⁷⁶ Dans son arrêt *Standhardt v. Superior Court* de 2003, la cour d'appel d'Arizona (para. 19) fait une même lecture de ce passage de l'arrêt *Lawrence*.

lui commande de suivre dans son analyse du 14^e Amendement. En outre, il ne répond pas directement à une motivation essentielle de *Bowers*, à savoir que toute loi repose toujours sur des choix moraux et que si les lois reposant essentiellement sur des choix moraux étaient attaquables au titre de la *Due Process Clause*, les tribunaux seraient surchargés. En définitive, elle condamne donc, au titre de la DPC, le choix moral fait par le législateur texan, mais sans oser le dire explicitement⁸⁷⁷.

Son raisonnement est néanmoins intéressant à deux points de vue, au moins. D'abord, dans un rare revirement aussi radical⁸⁷⁸, elle affirme qu'elle s'est trompée dans *Bowers* et que les fondements historiques sur lesquels la majorité d'alors avait cru pouvoir s'appuyer pour valider la réglementation de l'état de Géorgie étaient contestables, et avaient d'ailleurs été fortement contestés.

Par ailleurs, elle appuie sa conclusion en établissant un parallèle avec la jurisprudence de la Cour européenne (arrêt *Dudgeon*), laquelle est parvenue à une solution contraire à l'arrêt *Bowers* dans une situation similaire. Ce parallèle est intéressant, parce que dans *Dudgeon* la Cour européenne a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention - violation du droit à la vie privée -, mais a refusé de se placer sur le terrain de l'article 14 - discrimination vis-à-vis du même comportement lorsqu'il est le fait de lesbiennes ou d'hétérosexuels. Mais la Convention européenne, au contraire de la Constitution américaine, consacre *explicitement* le droit au respect de la vie privée⁸⁷⁹ - lequel, a affirmé la Cour européenne dans *Dudgeon* (para. 41), comprend indiscutablement la vie sexuelle - comme « droit personnel fondamental ». Cette mention d'un arrêt de la Cour européenne est également intéressante dans la mesure où de telles mentions sont très rares, la Cour suprême US n'aimant pas s'appuyer sur la jurisprudence d'autres Etats ou d'autres systèmes juridiques lorsqu'elle doit interpréter la Constitution ou une législation fédérale⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Seul dans son opinion dissidente, le juge Thomas déclare que s'il était un parlementaire de l'état du Texas, il voterait pour l'abrogation de cette loi « particulièrement stupide », mais en tant que juge il ne s'estime pas investi de la compétence de remettre en cause celle-ci. R.C. Post, p. 100, avance également que la Cour suprême US choisit de fonder son raisonnement sur la DPC plutôt que sur l'EPC précisément pour éviter de devoir répondre à la question - difficile - de la classification des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle au regard de l'EPC.

⁸⁷⁸ L.H. Tribe, « *Lawrence v. Texas*: The « Fundamental Right » that dare not speak its name », 117 *Harvard Law Review*, (2004), pp. 1894 et 1895, compare l'importance constitutionnelle de cet arrêt à celle de l'arrêt *Brown* de 1954. Il note à cet égard (p. 1914, texte sous noté (74)) qu'il existe moins d'une dizaine d'arrêts dans toute la jurisprudence de la Cour suprême US par lesquels celle-ci a répudié en termes aussi sévères un arrêt antérieur.

⁸⁷⁹ M. Eudes formule la même remarque. Je ne vise pas ici la protection offerte par le 4^e Amendement contre les « fouilles » et « saisies » essentiellement dans les affaires criminelles. Certes, en 1965, dans *Griswold v. Connecticut*, la Cour suprême US déclara (p. 484) que plusieurs Amendements contiennent des « zones de pénombre » (*penumbras*) qui garantissent une certaine vie privée. Mais dans le même élan, elle reconnaissait que la Constitution ne protège pas explicitement un tel droit à la vie privée.

⁸⁸⁰ Dans son opinion dissidente, le juge Scalia déclare d'ailleurs que dans *Bowers* la majorité d'alors ne s'est pas appuyée sur des valeurs partagées avec une « civilisation plus large », mais a forgé sa conclusion sur l'histoire et les traditions de « cette Nation » (américaine). Cette référence « comparatiste » a aussi été critiquée en doctrine, voy. D.E. Childress III, « Using Comparative Constitutional Law To Resolve Domestic Federal Questions », 53 *Duke Law Journal*, (2003), p. 193. Elle est en revanche applaudie par W.N. Eskridge Jr, « *Lawrence v. Texas*

Tout comme la Cour européenne s'était refusée à examiner si la législation britannique en cause violait également l'article 14 de la Convention, au motif « *qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur une question particulière englobée et absorbée par une question plus vaste*⁸⁸¹ » (para. 69), la majorité de la Cour suprême US estime de même que la réglementation texane, qui ne punit que la sodomie homosexuelle, doit être examinée sous l'angle de la DPC, plutôt que sous celui de l'EPC, dans la mesure où, même si elle était déclarée contraire à cette dernière, le *stigma* qui s'attache au comportement en cause demeurerait. Cette prise de position justifie que la juge O'Connor n'ait pas souscrit à l'opinion du juge Kennedy, mais ait rédigé une opinion concordante. Ayant complètement adhéré au raisonnement de la majorité dans *Bowers*, elle ne pouvait aussi facilement que les juges de l'actuelle majorité accepter s'être trompée dans cet arrêt. Elle se joint néanmoins à celle-ci, mais en s'attachant à démontrer que la réglementation texane viole l'EPC⁸⁸². Elle conclut qu'une loi pénalisant seulement la sodomie entre homosexuels en raison de la désapprobation morale de l'état vis-à-vis de ce groupe et du comportement associé à celui-ci va à l'encontre de la Constitution et de l'EPC, *quel que soit le niveau du scrutiny review*⁸⁸³. Comme les autres membres de la majorité, elle ne se hasarde donc pas à faire de la sodomie entre adultes consentants dans un lieu privé un droit personnel fondamental⁸⁸⁴.

and the imperative of comparative constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 555. Le juge Scalia lui-même admet que lorsque la Cour suprême US doit interpréter un accord international, elle accorde aux jugements rendus par les juridictions d'autres Etats parties à cet accord « un poids considérable » - voy. son opinion dans *Olympic Airways v. Husain*, et la jurisprudence citée.

⁸⁸¹ Celle du droit au respect à la vie privée.

⁸⁸² La réglementation de l'état de Géorgie en cause dans *Bowers* visait les relations tant hétérosexuelles qu'homosexuelles.

⁸⁸³ L.H. Tribe, (p. 1916) parle du *test review* « mystérieux » adopté par la Cour suprême US.

⁸⁸⁴ Le caractère *sui generis* de la motivation adoptée par la majorité est illustré par l'ordonnance rendue au lendemain de l'arrêt *Lawrence* dans le cas *Limon*. Ce dernier avait introduit un *writ of certiorari*, c'est-à-dire une demande visant à faire accepter par la Cour suprême US qu'elle examine son cas. L'intéressé, âgé de 18 ans, avait été condamné par une cour d'appel du Kansas à une peine d'emprisonnement de 17 ans (!) au titre d'une législation de cet état pour pratique homosexuelle (fellation) avec un garçon de 14 ans, alors qu'en vertu de la même législation la sentence qui aurait été prononcée si son partenaire avait été une jeune fille aurait été nettement moindre (15 mois maximum - la législation du Kansas prévoit une peine minimale de 55 mois lorsque les partenaires sont du même sexe). Sans aucune motivation ni opinion dissidente, la Cour suprême US renvoie cette affaire à la cour d'appel pour qu'elle réexamine le dossier « à la lumière de *Lawrence* ». Or, le *writ of certiorari* invitait la Cour suprême US à examiner la constitutionnalité de la réglementation de l'état du Kansas avec ...l'*Equal Protection Clause* et non la *Due Process Clause* (voir édition électronique du *Washington Post* du 28 juin 2003, page A08). Il peut paraître étrange d'affirmer, particulièrement sans motivation, que *Lawrence* fournit dès lors une réponse à la problématique en cause, sauf à considérer que la criminalisation du comportement en cause, même lorsque pratiqué avec un adolescent de 14 ans est, en soi, contraire à la Constitution. Même l'opinion concordante, isolée, de la juge O'Connor ne semble pas particulièrement décisive sur ce point. Il s'agit en effet de déterminer si le choix, moral et juridique, du législateur du Kansas, de pénaliser différemment une pratique sexuelle entre mineurs hétérosexuels ou homosexuels peut être justifié. Le fait que la Cour suprême US ne se soit pas prononcée explicitement sur le point de savoir si la sodomie, entre adultes, constitue un droit personnel fondamental ne permet pas non plus à la cour d'appel de savoir si elle doit appliquer un *strict scrutiny review* ou un *rational-basis review*. Or, si ce dernier *review test* est d'application, un législateur pourrait à tout le moins faire valoir certains arguments tendant à expliquer la différence de traitement, même si à l'évidence la sanction encourue est totalement farfelue.

2) Le suicide médicalement assisté

Une forte divergence de points de vue entre juges s'est exprimée également à propos d'une question sur laquelle tant la Cour suprême du Canada⁸⁸⁵ que la Cour européenne⁸⁸⁶ ont également eu l'occasion de se prononcer, celle du droit au suicide médicalement assisté. Dans deux arrêts, *Glucksberg* et *Quill*, rendus le même jour (26 juin 1997), la Cour suprême US, comme les deux autres Cours suprêmes, conclut à la constitutionnalité des législations en cause en jugeant non discriminatoire l'interdiction du suicide médicalement assisté. Comme l'arrêt *Pretty* de la Cour européenne, ces deux arrêts furent rendus à l'unanimité. L'étonnement que pourrait faire naître une telle unanimité s'atténue toutefois assez vite dès lors que l'on sait que ces arrêts furent rendus sur pas moins de 6 opinions concordantes !⁸⁸⁷

Le Chief Justice, pour la pluralité (la « majorité de la majorité »⁸⁸⁸) affirme tout d'abord qu'une législation interdisant le suicide médicalement assisté ne viole pas un droit fondamental garanti par la Constitution et ne repose pas sur une classification suspecte ; elle a donc droit à une « forte présomption de validité ». Il déclare ensuite qu'il y a lieu de distinguer entre « l'assistance active au suicide », laquelle est prohibée, et le « refus de traitement », lequel est autorisé. Il conclut dès lors que la distinction de traitement entre les deux situations n'est pas « arbitraire » et « irrationnelle ». La

Il est intéressant de noter que la cour d'appel du Kansas a confirmé son jugement antérieur en affirmant que le *test review* à appliquer était bien le moins strict (*rational-basis*). Elle distingua également le cas en cause de l'arrêt *Lawrence* en affirmant que dans ce dernier la Cour suprême US n'avait traité que de relations sexuelles entre adultes. Or, selon la cour d'appel, le législateur du Kansas peut légitimement réglementer différemment la sodomie hétérosexuelle ou homosexuelle entre un adulte et un enfant, notamment pour « prévenir la détérioration graduelle de la moralité sexuelle telle qu'approuvée par une majorité d'habitants du Kansas ». L.H. Tribe, (p. 1909, texte sous note (56)) critique le recours par la cour d'appel du Kansas au *rational-basis review* en arguant que la différence de traitement opérée reposait sur le *sexe* et non l'orientation sexuelle. Cette critique ne me paraît toutefois, éventuellement, pertinente que dans l'hypothèse d'un bisexuel se faisant pratiquer une fellation par des partenaires mineurs des deux sexes. Dans un tel cas, il semble effectivement qu'il pourrait être légitimement argué que la législation du Kansas traite différemment les partenaires majeurs selon le *sexe* du mineur. En revanche, dans l'hypothèse d'un homosexuel, la distinction opérée me paraît bien reposer sur l'orientation sexuelle de la personne majeure. K.M. Franke, « The Domesticated Liberty of *Lawrence v. Texas* », 104 *Columbia Law Review*, (2004), pp. 1399 et 1411, voit au contraire dans la « lecture limitée » de *Lawrence* faite par la cour d'appel du Kansas une conséquence de ce qu'elle estime être la prémisse sur laquelle repose l'opinion du juge Kennedy dans *Lawrence*, à savoir la tolérance sociale du comportement en cause, pour autant qu'il ait lieu dans un lieu privé et entre deux adultes engagés dans une relation.

Comp. la jurisprudence *Hess* de la Cour suprême du Canada. Comp. également l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M.C.*. Dans celle-ci, la requérante se plaignait de ce que le code pénal bulgare sanctionnait moins sévèrement le viol commis sur une femme que sur une personne du même sexe (!) ; la Cour européenne n'estima pas utile d'examiner cette partie de la requête.

⁸⁸⁵ Dans l'affaire *Rodriguez* en 1993, dans laquelle elle rendit un jugement de non violation de la Charte par 5 voix contre 4 (voy. *infra*).

⁸⁸⁶ Dans l'affaire *Pretty* de 2002, dans laquelle elle rendit à l'unanimité un jugement de non violation de l'article 14 CEDH.

⁸⁸⁷ Opinion du Chief Justice Rehnquist, à laquelle se joignent les juges O'Connor, Scalia, Kennedy et Thomas. Opinion concordante de la juge O'Connor, à laquelle se joignent, en partie, les juges Ginsburg et Breyer. Quatre opinions concordantes séparées des juges Stevens, Souter, Ginsburg et Breyer.

⁸⁸⁸ La *plurality opinion* est l'opinion à laquelle le plus grand nombre de juges, bien que ne formant pas une majorité, se joignent.

logique et la pratique contemporaine conforteraient le point de vue des états défendeurs selon lequel les deux situations sont différentes, de sorte que, sans violer la Constitution, ces états peuvent les traiter différemment⁸⁸⁹.

Dans son opinion concordante dans *Quill*, la juge O'Connor estime qu'il n'est pas nécessaire de se demander si le droit au suicide médicalement assisté constitue un droit constitutionnellement garanti, question à laquelle le juge Stevens répond dans le même arrêt fermement par la négative. Sur cette même question, la courte opinion concordante du juge Souter est plus nuancée : après avoir expressément déclaré qu'il ne conclut pas que le droit au suicide médicalement assisté constitue un droit protégé par la Constitution, il ajoute néanmoins que le refus de reconnaître ce droit doit pouvoir s'appuyer sur une justification appropriée et proportionnée.

3) L'âge

Une classification fondée sur l'âge n'est également soumise qu'à ce contrôle de type minimal. Ainsi, en 1976, dans *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, la Cour suprême US jugea conforme au 14^e Amendement une réglementation du Massachusetts imposant une retraite obligatoire à cinquante ans à tous les officiers de police en uniforme, en considérant qu'une telle distinction de traitement ne doit respecter qu'un « test de rationalité » et non un *strict scrutiny test*. Elle juge d'abord que n'est pas en cause un droit fondamental, dans la mesure où un emploi public n'est pas *per se* un droit fondamental, et que la catégorie des officiers de plus de cinquante ans ne constitue pas une *suspect class*, car des classifications fondées sur l'âge ne sont pas considérées comme suspectes. Soumettant ensuite cette classification au *test de rationalité*, elle argue que dans la mesure où les capacités physiques déclinent avec l'âge, une retraite obligatoire à cinquante ans sert à retirer des forces de police ceux dont il peut être présumé que l'aptitude au travail en cause a diminué avec l'âge. Une telle mesure est donc rationnellement liée à l'objectif légitime de l'état de protéger le public en s'assurant de l'état d'aptitude physique de ses policiers. Elle ajoute que même s'il pourrait être avancé que l'état n'a pas choisi les moyens les plus appropriés pour atteindre son objectif, cette réglementation, qui n'est soumise qu'au test de rationalité, n'est pas contraire à l'EPC simplement parce qu'elle est imparfaite.

C'est à la même conclusion qu'elle parvint trois ans plus tard dans *Vance v. Bradley* à propos des membres du *Foreign Service* mis d'office à la retraite à l'âge de soixante ans. La motivation de cet arrêt, rendu pourtant 8-1, reste discutable. Il y est en effet notamment affirmé que cette mesure sert l'objectif du Congrès de retirer du *Foreign Service* ceux qui sont suffisamment vieux pour inspirer

⁸⁸⁹ Toutefois, même lui (dans la note (24) dans *Glucksberg*), mais plus encore les autres juges dans leurs opinions concordantes, reconnaissent que la solution retenue n'interdit pas de considérer qu'une autre personne, dans une situation plus spécifique, puisse obtenir un jour la reconnaissance d'un droit à l'euthanasie.

moins de confiance que des personnes plus jeunes pour faire face aux rigueurs et charges de missions à l'étranger. Dans la mesure où le Congrès attache la plus haute importance à la conduite des relations extérieures, il est rationnel qu'il ait cherché à éviter les risques d'avoir des employés plus âgés du *Foreign Service* employés dans de telles activités à l'étranger, même s'il les tolère à propos des employés du *Civil Service* également en mission à l'étranger ! Une fois encore, la Cour suprême US ajoute que même si la classification n'est pas parfaite, une telle imperfection n'est pas de nature à rendre la mesure contraire à la Due Process Clause du 5^e Amendement dès lors qu'elle peut être liée rationnellement à l'objectif législatif poursuivi par le Congrès.

L'arrêt *Gregory v. Ashcroft* de 1991 est également intéressant dans la mesure où la Cour suprême US était appelée à examiner non seulement la constitutionnalité de la disposition de la Constitution du Missouri imposant une retraite obligatoire à la plupart des juges de l'état à septante ans, mais également sa compatibilité avec l'*Age Discrimination in Employment Act*, lequel rend illégale la retraite obligatoire, à n'importe quel âge (depuis 1986), pour la grande majorité des travailleurs. La majorité adopte un raisonnement contestable pour conclure que les juges ne sont pas couverts par l'ADEA, car si telle avait été son intention le Congrès aurait dû le prévoir de manière claire. Or, l'ambiguïté des dispositions de l'ADEA empêche la Cour suprême US d'attribuer au Congrès une telle volonté claire d'inclure les juges dans l'ADEA ! Bien que se joignant au résultat final, les juges White et Stevens contestèrent d'ailleurs ce raisonnement dans leur opinion concordante. Ce raisonnement illustre toutefois bien l'attitude générale de la Cour suprême US de laisser une grande marge de manœuvre au législateur en matière de différences de traitement fondées sur l'âge, déjà notée à propos de sa jurisprudence sur le 14^e Amendement^{890 891}.

V – La Cour suprême US, source d'inspiration pour la Cour de justice ?

Résumer, en tentant de classer, plus de 135 années de jurisprudence de la Cour suprême US sur l'interprétation de l'EPC du 14^e Amendement constitue une tâche extrêmement délicate, et ardue, dans laquelle le juriste de droit communautaire peut légitimement craindre de se perdre. La complexité de cette analyse découle certes de l'ampleur de la jurisprudence, laquelle touche à un aspect fondamental du système juridique américain. Les changements de jurisprudence, phénomène naturel résultant de la longueur de la période étudiée, et constituant de simples reflets des évolutions sociologiques traversant la société américaine, ou résultat de l'inclination tantôt plus libérale, tantôt plus conservatrice de la

⁸⁹⁰ Son attitude peut par ailleurs faire sourire. Elle juge en effet que le peuple du Missouri a pu valablement conclure que la menace de détérioration des capacités physiques ou mentales des juges à l'âge de septante ans est suffisamment grande, et les alternatives à une retraite obligatoire suffisamment inadéquates, pour pouvoir exiger indispensable une retraite obligatoire pour tous les juges à cet âge-là ; or, lors de la rentrée judiciaire d'octobre 2002, l'âge moyen des membres de la Cour suprême US était de soixante-huit ans ...

⁸⁹¹ Cette compatibilité constitutionnelle d'une limite d'âge pour la réélection en qualité de juge fut notamment confirmée par le 6^e Circuit en 2000 dans *Breck e.a. v. State of Michigan*.

Cour suprême US, peuvent bien entendu expliquer pour partie le vertige dont peut se sentir saisi le juriste de droit communautaire. Heureusement, celui-ci se sent « réconforté » en constatant que les constitutionnalistes américains eux-mêmes continuent à s'interroger sur le nombre et le contenu des différents *standards of review* utilisés par la Cour suprême US⁸⁹².

Les raisons de s'interroger ne manquent en effet pas. Comme l'écrit L.F. Goldstein, les opinions de la Cour suprême US sur l'interprétation du 14^e Amendement gagneraient certainement en clarté si les juges se pliaient, dans chaque affaire, à l'obligation d'indiquer, avec précision, comment ils choisissent et évaluent le niveau de *review* utilisé dans le cas d'espèce, plutôt que de s'appuyer seulement sur des « invocations talismaniques » d'étiquettes, telles que « classification suspecte », « droit fondamental », etc.⁸⁹³. En effet, comme le souligne R.R. Kelso, au-delà des trois niveaux de justification utilisés par la Cour suprême US, et examinés *ci-dessus*, on pourrait arguer qu'en réalité elle utilise six (!) niveaux de *review*, sans jamais expliquer le contenu précis de chacun d'eux ni même justifier la raison du recours à l'un plutôt qu'à l'autre⁸⁹⁴.

Au-delà du réconfort tout relatif que ces interrogations des constitutionnalistes américains peuvent prodiguer à un juriste du Vieux Continent, celui-ci est toutefois amené à se demander dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour de justice, au fur et à mesure de son développement, n'a pas tendance à connaître les mêmes dérives, la première partie de la présente thèse ayant démontré l'accélération du caractère erratique de cette jurisprudence ? La comparaison approfondie des évolutions jurisprudentielles des deux Cours suprêmes, mais aussi l'introduction par le traité d'Amsterdam de nouveaux motifs prohibés de discrimination, paraît en tout cas justifier la nécessité pour les juristes européens de procéder à la même remise en cause des évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de justice et de suggérer des solutions destinées à redonner une cohérence nécessaire à celle-ci. En toute hypothèse, la question d'un contrôle (*review*) plus ou moins rigoureux des choix effectués par le législateur selon le critère de différenciation – une différence de traitement fondée sur la race ou le sexe justifie-t-elle un examen plus rigoureux des motifs avancés pour justifier celle-ci ou la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre le but recherché que lorsque la différence de traitement est fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap ? - se posera avec une acuité accrue dans le futur compte tenu de l'entrée en vigueur des directives 2000/43 et 2000/78 et celle (future) de la Constitution européenne.

⁸⁹² Un Symposium intitulé « Equal Protection After the Rational Basis Era : Is It Time To Reassess the Current Standards of Review ? » fut consacré à cette question en 2001, et les travaux publiés dans 4 *U.Pa.J.Const. L.*, (2002).

⁸⁹³ « Between the Tiers : The New[est] Equal Protection and Bush v. Gore », 4 *U.Pa.J.Const.L.*, (2002), p. 372.

⁸⁹⁴ « Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights : The « Base Plus Six » Model and Modern Supreme Court Practice », 4 *U.Pa.J.Const.L.*, (2002), p. 225.

§ 2 - La discrimination indirecte et l'intention discriminatoire

Une classification fondée expressément sur la race déclenche le test du *strict scrutiny review*, lequel aboutira en principe à la conclusion d'une violation du 14^e Amendement. De la même façon, une classification qui est d'apparence neutre, mais qui a pour objectif évident d'établir une discrimination sur base de la race est elle aussi soumise au *strict scrutiny review*, lequel dans un tel cas conduira tout aussi vraisemblablement à la même conclusion d'invalidation.

Cette jurisprudence a été établie dès 1886, dans l'affaire *Yick Wo v. Hopkins*. La ville de San Francisco avait adopté une ordonnance de police conférant à un *board of supervisors* le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser son accord à l'utilisation de bâtiments en bois comme blanchisseries, pouvoir devant être exercé en fonction de chaque demande, dans le souci de la protection du public contre les dangers du feu. En réalité, comme le démontra la Cour suprême US, cette ordonnance conférait au *board* un pouvoir discrétionnaire total, non seulement en ce qui concerne les emplacements, mais également les personnes, de sorte qu'un demandeur qui aurait été qualifié et aurait satisfait à toute condition raisonnable exigée par le bien public aurait néanmoins pu se voir refuser la possibilité d'ouvrir une blanchisserie par le *board*, celui-ci pouvant décider d'un tel refus sans devoir se justifier (p. 366). Elle en conclut que les faits démontraient que cette ordonnance visait de manière exclusive une catégorie particulière de personnes - les Chinois -, de sorte que, quel qu'ait pu être le but poursuivi, elle devait être assimilée à la négation, en pratique, du principe de l'EPC : « *Though the law itself be fair on its face, and impartial in appearance, yet, if it is applied and administered by public authority with an evil eye and an unequal hand, so as practically to make unjust and illegal discriminations between persons in similar circumstances, material to their rights, the denial of equal justice is still within the prohibition of the constitution* » (pp. 373-374)⁸⁹⁵.

Cette ligne de jurisprudence paraît assez classique⁸⁹⁶ aux yeux du juriste de droit communautaire, même s'il convient de relever qu'elle fut inaugurée dès avant la fin du XIX^e siècle. C'est la même approche que celle dans laquelle la Cour de justice s'engagea dès ses premiers arrêts sur le concept de discrimination indirecte dans la libre circulation des travailleurs⁸⁹⁷. Sa jurisprudence récente,

⁸⁹⁵ Cette jurisprudence fut réaffirmée à de nombreuses reprises par la suite ; voy. *Guinn v. United States* et *Lane v. Wilson* (droit de vote dénié aux personnes de couleur), *Washington v. Seattle School Dist.* (tentative d'empêcher la déségrégation raciale à l'école en soumettant l'inscription des élèves dans des écoles autres que celles de leur quartier à des conditions très strictes).

⁸⁹⁶ Le fait qu'elle date de 1886 mérite toutefois d'être souligné, les discriminations à l'encontre des personnes d'ascendance chinoise étant courantes à l'époque, pas seulement aux Etats-Unis, mais également, par exemple, au Canada. En 1914, la Cour suprême du Canada avalisa encore une législation du Saskatchewan interdisant aux personnes d'ascendance chinoise d'employer des femmes blanches ; *Quong Wing v. The King*.

⁸⁹⁷ *Sotgiu*, attendu 11 : « *attendu que les règles d'égalité de traitement, tant du traité que de l'article 7 du règlement 1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* ». S. Prechal, « Equality of treatment, non-discrimination and social

singulièrement dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes⁸⁹⁸, semble néanmoins traduire un certain oubli de cette approche classique (et logique).

Déterminer ce qui constitue un « *objectif évident* » d'utiliser une réglementation neutre aux fins de permettre une discrimination en principe interdite s'est par ailleurs parfois révélé être source d'une nouvelle fracture entre juges « libéraux » et juges « conservateurs ». En revanche, lorsqu'il n'est pas possible de faire ressortir l'objectif évident de discrimination se dissimulant derrière une classification d'apparence neutre, la Cour suprême US a soumis le constat d'une violation de l'*Equal Protection Clause* par une telle classification ayant un impact disproportionné sur les membres d'une race, ou d'un sexe, au rapport d'une *intention* ou d'un *mobile* discriminatoire.

Ce principe fut posé pour la première fois en 1976 dans l'arrêt *Washington v. Davis*, soit seulement cinq ans après que la Cour suprême US a affirmé dans *Griggs v. Duke Power* (voy. *infra*) que pour établir le constat d'une discrimination indirecte dans le Titre VII du *Civil Rights Act*, le rapport de la preuve de l'impact disproportionné de la mesure suffit, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'intention discriminatoire⁸⁹⁹.

Dans l'affaire *Washington v. Davis*, deux citoyens américains noirs attaquaient les méthodes de recrutement de la police de Washington D.C. au motif que le test personnel pratiqué, destiné à déterminer le niveau d'aptitude verbale, était sans relation avec l'exécution des tâches à effectuer dans la police et aboutissait à exclure un nombre proportionnellement plus élevé de candidats noirs. La *Court of Appeal* leur avait donné raison en se fondant sur la jurisprudence *Griggs*. Dans un arrêt rendu 7-2, la Cour suprême US renverse ce jugement, et toute une série de jugements de juridictions inférieures, en déclarant que la circonstance que la clause de « procédure régulière » (*due process clause*) du 5^e Amendement contient un élément de protection égale interdisant au gouvernement de pratiquer des discriminations odieuses, n'implique pas qu'une législation (ou un autre acte du gouvernement) est inconstitutionnelle seulement parce qu'elle a un impact racial disproportionné ; il faut, en outre, qu'elle reflète une *intention de discrimination raciale* (p. 239). Dans le cas d'espèce, la

policy : achievements in three themes », *CMLRev.*, 2004, pp. 533 et 535, a toutefois montré que même après cet arrêt l'utilisation du concept de discrimination *indirecte* est restée pendant plusieurs années dans la plupart des Etats membres un concept « nouveau » dont l'application, mais aussi la compréhension, posait de très nombreux problèmes aux praticiens du droit.

⁸⁹⁸ Voy. en particulier l'arrêt *Schnorbus* et les conclusions des avocats généraux Alber et Tizzano respectivement dans *Griesmar et Kutz-Bauer*, qualifiant « d'indirecte » une discrimination d'apparence neutre, mais reposant sur des critères strictement et directement reliés au sexe ; qualification permettant ensuite à la Cour de justice d'examiner les raisons impérieuses avancées au soutien des discriminations en cause.

⁸⁹⁹ Sur cette dualité de jurisprudence, voy. P.E. Mahoney, « The End(s) of Disparate Impact : Doctrinal Reconstruction, Fair Housing and Lending Law, And The Anti-Discrimination Principle », *47 Emory Law Journal*, (1998) ; sur la notion d'*intention* dans l'analyse dans la jurisprudence de la Cour suprême US, voy. R.A. Sedler, « The Role of « Intent » in Discrimination Analysis », in *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, p.95.

Cour suprême US jugea que l'impact racial disproportionné du test, lequel était d'apparence neutre, ne suffisait pas à établir qu'il avait un objectif discriminatoire (p. 246).

La Cour suprême US explique ensuite que le test plus rigoureux du Titre VII inclut un examen plus fouillé par le juge des mesures d'apparence raisonnable que ce qui est approprié dans le contexte de la Constitution, dans lequel, comme c'était le cas en l'espèce, un impact racial spécifique est invoqué, mais non une intention de discrimination raciale. Une extension de la méthode appliquée dans le Titre VII dépendrait d'une décision en ce sens du Congrès. Selon elle, affirmer qu'une réglementation poursuivant un objectif neutre serait néanmoins invalide en l'absence de justification impérieuse (*compelling justification*), si en pratique elle bénéficie plus (ou affecte plus) à une race qu'à une autre, serait aller trop loin et soulèverait de sérieuses questions quant à la validité de toute une série de réglementations en matière fiscale ou d'assistance sociale, par exemple, qui affectent plus les pauvres et le « noir moyen » (*average black*) que le blanc plus aisé (*more affluent white*) (pp. 247-248).

L'année suivante, la Cour suprême US précisa, dans *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp.*, que le « *test de Davis* » ne requiert pas du plaignant qu'il prouve que la mesure ou l'action contestée repose exclusivement sur une intention discriminatoire. Il est en effet rare que l'on puisse affirmer qu'une administration ou un pouvoir législatif adopte une décision motivée seulement par un seul intérêt, ou même qu'une intention spécifique était « prédominante » ou « essentielle ». En fait, c'est précisément parce que le législateur ou l'administration sont soucieuses de trouver un équilibre entre toute une série de considérations concurrentes, que les cours doivent s'abstenir de remettre en cause les mérites de leurs décisions qui n'apparaissent pas arbitraires ou irrationnelles. Mais la discrimination raciale n'est pas simplement une autre « considération concurrente ». Quand il existe une preuve qu'une intention discriminatoire a été un facteur ayant poussé à l'adoption de la décision, la déférence des juges n'est plus justifiée (pp. 265-266).

Dans l'arrêt *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney* de 1979, la Cour suprême US semble toutefois avoir renforcé l'exigence de démonstration d'une intention discriminatoire. Dans cette affaire, la plaignante, fonctionnaire, avait passé toute une série de concours en vue d'occuper des postes plus élevés, mais en raison de la réglementation de l'état sur la préférence à accorder aux vétérans de guerre, elle avait à chaque fois été classée derrière des vétérans masculins ayant obtenu de moins bons scores qu'elle. La *District Court* avait conclu à la violation du 14^e Amendement, mais la Cour suprême US lui avait renvoyé une première fois ce dossier en attirant son attention sur l'arrêt *Washington v. Davis* qui venait d'être rendu. La *District Court* avait néanmoins confirmé son jugement en arguant que la préférence accordée aux vétérans était intrinsèquement non neutre, car elle favorisait une catégorie de personnes dont les femmes avaient été traditionnellement exclues, et que les conséquences de cette réglementation sur les chances d'emploi des femmes étaient trop « inévitables » pour pouvoir être considérées comme non voulues.

La Cour suprême US annule à nouveau ce jugement sur base de l'analyse suivante : quand une réglementation d'apparence neutre est contestée au motif qu'elle affecte les femmes d'une manière disproportionnée, une analyse en deux étapes doit être suivie. La première consiste à examiner si la classification est effectivement neutre, c'est-à-dire qu'elle n'est pas basée sur le sexe. Si la classification n'est pas, de manière ostensible ou dissimulée, fondée sur le sexe, la seconde question à examiner est celle de savoir si l'effet défavorable reflète une discrimination odieuse fondée sur le sexe (pp. 273-274). Et sur ce point, elle considère que la différence de traitement n'est pas « odieuse ». Il n'est pas contesté que la réglementation sur les vétérans est rédigée en termes neutres, mais en outre ce n'est pas une réglementation qui ne peut être justifiée de manière plausible, ou même rationnelle, que comme créant une classification fondée sur le sexe. Un nombre significatif de non vétérans, ne bénéficiant donc pas de la préférence, sont des hommes et tous les non vétérans, masculins ou féminins, sont désavantagés. La distinction créée par cette réglementation est donc entre vétérans et non-vétérans et non entre hommes et femmes (p. 275).

Ce raisonnement paraît extrêmement superficiel et vider de son contenu la notion même de discrimination indirecte résultant des effets d'une mesure sur un nombre sensiblement plus important de femmes que d'hommes⁹⁰⁰. La Cour suprême US le justifie néanmoins par le fait qu'il n'est pas établi que cette réglementation a été adoptée avec l'intention de discriminer les femmes. Elle reconnaît toutefois qu'il serait malhonnête de prétendre que les conséquences de cette réglementation sur les femmes n'ont pas été voulues ou qu'elles n'étaient pas prévisibles, mais elle ajoute que « l'intention discriminatoire » implique plus que l'intention en tant que volition ou en tant que conscience des conséquences. Elle implique que celui qui adopte la décision a choisi une voie particulière d'action, en partie au moins, « *en raison de* », et pas seulement « *en dépit de* », ses effets préjudiciables sur un groupe identifiable de personnes (p. 278)⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Cette approche rigoriste quant à l'utilisation des statistiques par la Cour suprême US peut parfois avoir des conséquences dramatiques. Un raisonnement identique a en effet également été utilisé pour rejeter le recours d'un condamné à mort de race noire arguant que, selon les statistiques, le département fédéral de la justice requiert la peine de mort contre des accusés appartenant à des minorités ethniques deux fois plus souvent que contre des accusés de race blanche. Selon la Cour suprême US, de telles statistiques générales ne fournissent aucun élément probant quant au type de peine requis à l'encontre d'accusés de race blanche *se trouvant dans une situation comparable*, c'est-à-dire qui seraient accusés de faits similaires. Dès lors que le requérant n'a pas démontré que des personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne seraient traitées différemment, il n'y a pas eu violation de la *Due Process Clause* du 5^e Amendement ; *United States v. J. Bass, per curiam*, non signée, du 28 juin 2002. Selon une étude de l'administration Clinton de 2000, 80% des peines de mort requises dans le cas de poursuites engagées au niveau fédéral concernaient des accusés appartenant à une minorité ethnique (*Washington Post*, édition électronique, 2 juillet 2002).

⁹⁰¹ Cet arrêt montre également que la jurisprudence *Washington v. Davis* s'applique à toutes les classifications attaquées au titre de l'EPC, et pas seulement à la race. De la même façon, la jurisprudence *Feeney* sera également appliquée dans le contexte d'une classification fondée sur l'origine ethnique (latino-américaine) dans l'arrêt *Hernandez v. New-York* (p. 360).

La Cour suprême US précisera par ailleurs dans d'autres arrêts⁹⁰² que, lors de la recherche de l'existence d'une intention discriminatoire, le point d'attention essentiel ne doit pas être l'existence d'une éventuelle animosité à l'encontre du plaignant lui-même ; l'intention discriminatoire à rechercher est plus spécifique, telle celle de désavantager tous les membres d'une catégorie incluant le plaignant.

§ 3 – La constitutionnalité limitée des mesures d'affirmative action⁹⁰³

Lorsque la Cour suprême US rend, en 1978, l'arrêt *Bakke*, la question de l'action positive ou discrimination positive était encore largement inconnue en droit communautaire. Certes, l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 prévoyait déjà la possibilité de telles actions, mais ce n'est qu'en 1995⁹⁰⁴, que la Cour de justice sera, pour la première fois, invitée à préciser réellement les contours de cette notion.

I – L'arrêt *Bakke*, le fondement théorique

L'affaire *Bakke*⁹⁰⁵ concernait un citoyen américain blanc ayant posé sa candidature à une université californienne. Cette dernière avait un système de sélection répartissant les candidats en deux groupes : les blancs d'un côté, les personnes issues de minorités de l'autre. Elle avait, à l'avance, décidé de réserver 16 places sur les 1000 disponibles en 1^{ère} année de médecine à des étudiants afro-américains. Sa candidature ayant été rejetée, le plaignant entama une action judiciaire en invoquant l'existence d'une violation du 14^e Amendement. De manière non surprenante, la Cour suprême US rendit son arrêt par 5 voix contre 4, mais la composition de la majorité n'est pas la même sur les deux points du dispositif de l'arrêt ! « Une » majorité⁹⁰⁶ rejoint l'opinion écrite par le juge Powell, ordonne l'admission du requérant à l'université et invalide le programme spécial d'admission de celle-ci. En revanche, ce sont les quatre juges de la minorité⁹⁰⁷ sur la première partie de l'arrêt qui se joignent au *Justice* Powell pour affirmer que l'objectif de vaincre la sous représentation chronique et substantielle

⁹⁰² Voy., entre autres, *Crawford v. Britton*.

⁹⁰³ L'utilisation de cette expression, dans sa connotation juridique moderne, apparaît pour la première fois en 1961 dans un *executive order* (n° 10925) du président Kennedy requérant des contractants du gouvernement de prendre des *affirmative actions* pour s'assurer que leurs employés sont traités durant leur emploi sans égard à leur race, leurs croyances religieuses, leur couleur ou leur origine nationale, voy. R.B. Ginsburg et D.J. Merritt, « Affirmative Action : An International Human Rights Dialogue », 21 *Cardozo Law Review*, (1999-2000), pp. 253 et 262.

⁹⁰⁴ Si l'on excepte le précédent de la fonction publique de 1987 dans l'affaire *Delauche* et l'arrêt *Commission c. France* de 1988, peu significatif.

⁹⁰⁵ Sur cet arrêt, voy. A. Schneeberg, « Dialectique de l'égalité des groupes et de l'égalité des individus ; l'arrêt « Bakke » de la Cour suprême des Etats-Unis », in *L'égalité*, vol. VIII, 1982, p. 496 et, de manière générale sur la problématique de l'*affirmative action*, G. Calvès.

⁹⁰⁶ Opinion concordante du Chief Justice Burger et des juges Stevens, Stewart et Rehnquist.

⁹⁰⁷ Opinion concordante des juges White, Brennan, Marshall et Blackmun ; en outre chacun d'entre eux (sauf le juge Brennan) écrivit une opinion séparée.

des minorités dans la profession médicale est suffisamment important pour justifier le droit pour l'université de recourir à la race comme facteur à prendre en considération lors de l'admission à l'université. Sur cet aspect du dispositif, les quatre juges s'étant joints au juge Powell pour former la majorité sur le premier point se retrouvent pour former une minorité et exprimer le point de vue que cette seconde question n'avait pas à être examinée dans la mesure où le Titre VI était applicable et avait été violé par la non-sélection du plaignant.

C'est dans l'opinion séparée du juge Marshall, seul juge afro-américain parmi les membres de la Cour suprême US de l'époque, que se trouve le mieux exprimé le fondement théorique légitimant le principe de *l'affirmative action* : « *For it must be remembered that, during most of the past 200 years, the Constitution as interpreted by this Court did not prohibit the most ingenious and pervasive forms of discrimination against the Negro. Now, when a state acts to remedy the effects of that legacy of discrimination, I cannot believe that this same Constitution stands as a barrier* »⁹⁰⁸ (p. 387). Il rappelle également les conditions d'esclavage dans lesquels les Afro-américains furent maintenus si longtemps (pp. 388-394) pour conclure sur ce point que la position de l'Afro-américain aujourd'hui aux Etats-Unis est la conséquence, tragique mais inévitable, de siècles de traitement inégal et qu'il ne croit pas que le 14^e Amendement exige que ce destin soit accepté (p. 396). C'est pourquoi, s'il applaudit l'arrêt de la Cour suprême US en ce qu'il permet à une université de considérer le critère de la race lors de la sélection des candidats, il trouve assez ironique que, après plusieurs centaines d'années de discrimination contre les Afro-américains, elle n'accepte pas de juger qu'un remède utilisant ce même critère de distinction est autorisé. En refusant cela, ajoute-t-il, l'arrêt ignore le fait que pendant plusieurs centaines d'années, les Afro-américains ont été discriminés, non pas en tant qu'individus, mais plutôt exclusivement en raison de la couleur de leur peau.

De tels arguments interpellent de manière évidente lorsque l'on s'interroge sur la question de savoir s'il doit être possible de remédier à une discrimination passée en autorisant une discrimination à rebours à l'encontre du groupe généralement favorisé et au bénéfice du groupe traditionnellement défavorisé ?

La question n'est évidemment pas que juridique, elle est aussi idéologique, voire philosophique. Il est regrettable que l'on ne trouve nulle part dans les arrêts de la Cour de justice d'arguments théoriques au soutien de ses prises de position en faveur de l'action positive au bénéfice des femmes. De même, il est surprenant de constater que la directive 2000/78 contient des dispositions prévoyant la possibilité pour les Etats membres d'adopter des mesures d'action positive au bénéfice des personnes

⁹⁰⁸ « Il faut se souvenir que, durant la plus grande partie des 200 dernières années, la Constitution telle qu'elle était interprétée par cette Cour n'interdisait pas les formes de discriminations les plus ingénieuses et les plus

âgées, des handicapés ou des homosexuels, alors qu'aucune motivation théorique n'a jamais été présentée qui pourrait expliquer la nécessité, et surtout la légitimité, du principe de telles actions (voir *supra*).

C'est dans le domaine des marchés publics et contrats conclus par des autorités publiques que la question de la constitutionnalité⁹⁰⁹ de l'affirmative action a le plus souvent été posée devant la Cour suprême US⁹¹⁰.

subtiles contre le Noir. Maintenant, quand un Etat agit pour remédier aux effets de cet héritage de discrimination, je ne puis croire que cette même Constitution se dresse comme un obstacle ».

⁹⁰⁹ La jurisprudence de la Cour suprême US sur la validité des affirmative action au regard du Titre VII n'a pas nécessairement une influence déterminante sur l'analyse qui doit être menée dans le contexte de la Constitution : « *Title VII, by contrast, was enacted pursuant to the commerce power to regulate purely private decision making and was not intended to incorporate and particularize the commands of the Fifth and Fourteenth Amendments* » : texte sous la note (6) de l'opinion de la Cour rédigée par le juge Brennan dans l'arrêt *Johnson v. Transportation Agency*. Dans le même arrêt, la Cour suprême US précisera que « *the statutory prohibition with which the employer must contend was not intended to extend as far as that of the Constitution* » (p. 628).

⁹¹⁰ L'arrêt *Wygant v. Jackson Board of Education* de 1986, rendu en matière de licenciement d'enseignants, doit également être noté. Etait en cause une convention collective entre le défendeur et un syndicat d'enseignants, selon laquelle en cas de licenciement d'enseignants, le maintien d'emploi serait assuré au personnel ayant le plus d'ancienneté, mais avec la précision qu'en aucun cas il ne pourrait y avoir un pourcentage plus élevé d'enseignants licenciés appartenant à une minorité ethnique que le pourcentage de ces enseignants employés au moment du licenciement. La *District Court* et la *Court of Appeal* avaient validé cette convention collective au motif que la légitimité d'une préférence raciale ne devait pas s'appuyer sur la preuve d'une discrimination passée, mais qu'une telle préférence devait être autorisée dès lors qu'elle apparaissait comme une tentative de remédier à une « discrimination sociétale » en fournissant des modèles pour les élèves appartenant aux minorités ethniques. Dans un nouvel arrêt « 5-4 », la Cour suprême US renverse ces jugements au motif que, dans le contexte de l'affirmative action, des classifications fondées sur la race doivent être justifiées par des « objectifs impérieux de l'état » (*compelling state purposes*) et que les moyens choisis par l'état doivent être strictement adaptés pour atteindre ces objectifs (*narrowly tailored*). La majorité ajoute, en outre, que non seulement l'existence d'une discrimination sociétale est insuffisante en elle-même pour justifier une affirmative action, mais qu'en plus une preuve convaincante de la discrimination passée doit être rapportée avant que l'utilisation d'une classification fondée sur la race puisse être utilisée pour y remédier. Ecrivant pour la minorité, le juge Marshall constate notamment l'impossibilité pour les membres de la Cour suprême US de trouver un accord quant au *proper standard of review* à appliquer en cas d'affirmative action (p. 301). En dépit d'un tel désaccord, estime-t-il, ce qui importe, dans chaque cas, est de considérer réellement le contexte de la disposition en cause (p. 303). Cette opinion illustre donc que l'opposition entre les *Justices* allait bien au-delà du cas d'espèce, mais touchait au raisonnement même à tenir dans l'examen de constitutionnalité des mesures d'affirmative action. L'année suivante, dans l'arrêt *United States v. Paradise*, les juges de la minorité dans *Wygant* (Marshall, Brennan, Blackmun et Stevens), auxquels se joignit cette fois le juge Powell, validèrent un *consent decree* (forme d'affirmative action décidée par un juge dans le cadre d'un accord accepté par les parties ; sur ce mécanisme, voy. G. Calvès, p. 144 et la référence citée sous la note (172)) d'une *District Court* de l'Alabama imposant un quota en matière de promotion d'Afro-américains dans la police montée de l'état, en estimant que même en appliquant le *strict scrutiny test* imposé par la majorité dans *Wygant*, l'exigence de promotion « d'un Noir pour un Blanc » était conforme au 14^e Amendement, considérant qu'il existait un « intérêt impérieux de l'état » (*compelling state interest*) à mettre fin à la discrimination continue et systématique à l'encontre des Afro-américains dans la police montée de l'état depuis des décennies. Ils ajoutèrent que le moyen mis en oeuvre (le « one-for-one promotion ») pour atteindre cet objectif était *narrowly tailored*. Tout en étant d'accord sur l'approche adoptée par la majorité (... puisqu'elle était fondée sur l'approche définie par elle dans *Wygant*), la minorité (Chief Justice Rehnquist et juges White, O'Connor et Scalia (ce dernier remplaçant le Chief Justice Burger présent dans *Wygant*)) estima que le moyen mis en oeuvre pour mettre fin à la discrimination passée, non contestée, n'était pas suffisamment *narrowly tailored*. La minorité expliqua que la façon dont la majorité avait appliqué le test du *narrowly tailored* était beaucoup plus souple que ne l'exigeait le *strict scrutiny review* (p. 196-197).

Dans l'arrêt *Fullilove v. Klutznick* de 1980 était en cause la constitutionnalité du *Public Works Act* imposant aux états bénéficiant d'une subvention fédérale de ne contracter, en matière de travaux publics, qu'avec des entreprises s'engageant à réserver 10% du montant du contrat à des firmes appartenant à des membres de « groupes minoritaires », définis comme citoyens des Etats-Unis étant afro-américains, hispanophones, orientaux, indiens, esquimaux et aleuts. Par 6 voix contre 3, la Cour suprême US confirme la constitutionnalité de cet *Act*. La majorité se divise toutefois largement quant aux motifs justifiant cette conclusion. Les opinions écrites par le *Chief Justice* Burger et les juges White et Powell semblent empreints d'une grande déférence quant aux pouvoirs du Congrès⁹¹¹. Ils rappellent que celui-ci a agi dans le cadre de ses pouvoirs constitutionnels et que le pouvoir judiciaire doit lui reconnaître une certaine marge d'appréciation dans les critères qu'il utilise, tel l'usage limité de critères raciaux et ethniques, aux fins de remédier à des discriminations passées. L'opinion de « l'aile gauche »⁹¹² de la Cour suprême US (juges Marshall, Brennan et Blackmun) est beaucoup plus tranchée, étayée et s'appuie sur l'opinion séparée déjà émise par le juge Marshall dans *Bakke*. Ces trois juges considèrent que l'analyse appropriée qu'il convient de mener à propos de classifications raciales bénéficiant à des minorités ethniques en vue de remédier aux effets actuels de discriminations passées consiste à se demander si cette classification sert des objectifs gouvernementaux importants et est substantiellement reliée à l'accomplissement de ces objectifs. En l'espèce, ils estiment que cette réserve de 10% fondée sur une classification raciale est manifestement valide, car le Congrès disposait d'une base solide pour conclure que les entreprises possédées par des membres de minorités, bien que capables, qualifiées, prêtes et désireuses de travailler, avaient reçu un nombre disproportionnellement peu élevé de contrats publics en raison des effets continus de la discrimination passée (p. 520).

L'arrêt *Richmond v. J.A. Croson*, de 1989, portait sur une question largement similaire, si ce n'est que la réserve au profit des membres de certaines minorités était portée à 30% du montant du contrat. Tant la *District Court* que la *Court of Appeal*, s'appuyant sur *Fullilove*, avaient validé la mesure contestée adoptée par la ville de Richmond. Mais la Cour suprême US avait une première fois renvoyé cette affaire aux juridictions inférieures en attirant l'attention sur le fait que dans *Wygant* (voir texte sous note (xx)) elle avait établi que pour qu'une affirmative action puisse satisfaire au test de constitutionnalité, elle devait répondre à un *compelling state interest* et les moyens utilisés pour atteindre cet objectif devaient être *narrowly tailored*. Sur cette base, la *Court of Appeal* avait considéré que la mesure en cause ne satisfaisait à aucune des deux conditions. Par un vote 6-3⁹¹³, la Cour

⁹¹¹ Pour un même point de vue, voy. G. Calvès, p. 143.

⁹¹² G. Calvès, p. 143.

⁹¹³ Majorité : *Chief Justice* Rehnquist et juges O'Connor, White, Stevens, Kennedy et Scalia ; minorité : juges Brennan, Marshall et Blackmun. Mais une fois encore il y eut plusieurs opinions concordantes dans la majorité,

suprême US renverse *Fullilove* en appliquant le test de *Wygant* : la ville n'a démontré ni un *compelling state interest* ni l'existence d'une discrimination passée à l'encontre des minorités ; de même, les moyens utilisés ne sont pas *narrowly tailored*.

C'est pourquoi l'arrêt rendu un an plus tard dans *Metro Broadcasting v. FCC* peut sembler manquer de cohérence avec *Croson*. Dans cette affaire était en cause la constitutionnalité d'une mesure d'un organe fédéral, la *Federal Communications Commission*, disposant d'un monopole en matière d'attribution des fréquences hertziennes, et favorisant l'octroi de licences d'émission à des entreprises appartenant à des membres de minorités, sous certaines conditions. Dans un arrêt rendu une fois encore 5-4⁹¹⁴, la Cour suprême US valide cette politique de la FCC en notant qu'elle avait été avalisée, et même initiée, par le Congrès et que, eu égard au précédent de l'arrêt *Fullilove*, il y avait lieu pour le pouvoir judiciaire de montrer une déférence appropriée quant au point de vue du Congrès. C'est la raison, explique la majorité, justifiant que même si les mesures adoptées ne sont pas « réparatrices » d'une discrimination passée, elles sont constitutionnellement autorisées, dans la mesure où elles servent un *objectif gouvernemental important* qui tombe dans la compétence du Congrès et qu'elles sont substantiellement liées à l'accomplissement de cet objectif, de sorte que le test plus strict de *Croson* n'est pas applicable. La minorité contesta l'argument selon lequel une politique dérivant d'une action du Congrès peut justifier une approche moins stricte que celle établie dans *Croson*, en arguant qu'une telle approche ne trouve aucun soutien dans la Constitution (pp. 602-603).

La distinction établie par la majorité dans *FCC* entre pouvoir du Congrès et pouvoir des états d'utiliser des classifications fondées sur la race s'avéra néanmoins éphémère. En 1995, dans le célèbre arrêt *Adarand Constructors v. Peña*, la Cour suprême US, dans un autre arrêt 5-4⁹¹⁵, jugea inconstitutionnel⁹¹⁶ un ensemble de réglementations fédérales en vertu desquelles les entreprises contractant avec le ministère fédéral des transports se voyaient attribuer une prime importante si elles

dont celle du juge Scalia, lequel écrivit que si les états sont libres de remédier aux discriminations du passé, ils ne peuvent pour ce faire utiliser des classifications fondées sur la race en accordant une préférence aux petites ou nouvelles entreprises ou aux victimes *actuelles* d'une discrimination.

⁹¹⁴ Majorité : les trois juges « de gauche » Brennan, Marshall et Blackmun, auquel se joignirent les juges White et Stevens, ce dernier formulant une opinion concordante ; minorité : Chief Justice Rehnquist et juges O'Connor, Scalia et Kennedy.

⁹¹⁵ Majorité : Chief Justice Rehnquist et juges O'Connor, Kennedy, Thomas et Scalia ; minorité : Juges Stevens, Ginsburg, Souter et Breyer.

⁹¹⁶ La Cour suprême US renvoya dès lors l'affaire aux cours inférieures avec la tâche de rechercher si les mesures litigieuses pouvaient être justifiées par un *compelling state interest* et si les moyens utilisés étaient « strictement adaptés ». Sur les suites de l'affaire, voy. *Adarand v. Secretary of Transportation, per curiam* du 27 novembre 2001. Dans ce *per curiam*, la Cour suprême US rejette la demande de nouvel examen formulée par le requérant, au motif que dans son arrêt *Adarand* de 1995 elle a clairement établi qu'il revient, en premier lieu, aux cours inférieures d'examiner l'application du *strict scrutiny standard* et qu'en principe elle ne juge pas des questions non préalablement jugées par des cours inférieures, quelle que soit « l'importance nationale fondamentale » des questions en jeu.

sous-traitaient une partie de leur contrat à des entreprises appartenant à des membres des minorités ethniques. En l'espèce, la firme Adarand, bien qu'ayant remis l'offre la plus compétitive, n'avait pas obtenu un marché (de construction de rails de sécurité d'une autoroute) attribué à une autre entreprise, dont le capital était détenu majoritairement par des Américains d'origine hispanique.

Cet arrêt marque sans aucun doute un tournant dans la jurisprudence relative à la constitutionnalité des mesures d'affirmative action dans le domaine de *l'emploi*. Il établit fermement la doctrine de la Cour suprême US sur cette question ... au moins jusqu'à modification radicale de sa composition⁹¹⁷. La majorité ne fut pourtant atteinte que par le biais d'un artifice assez étonnant : l'opinion de la majorité, écrite par la juge O'Connor, est celle de la Cour « sauf dans la mesure où elle pourrait être contradictoire avec le point de vue » du juge Scalia » ! Dans son opinion concordante, ce dernier écrit en effet qu'il se joint à l'opinion de la majorité, sauf dans la mesure où elle pourrait être en désaccord avec sa position, selon laquelle le gouvernement ne peut jamais avoir un « intérêt impérieux » à établir une discrimination fondée sur la race en vue de compenser une discrimination passée. Il semble assez difficile de réconcilier ce point de vue extrême avec celui du reste de la majorité, laquelle renverse certes explicitement *FCC* - en estimant que le *strict scrutiny test* est le standard approprié de *review* pour l'analyse constitutionnelle de toutes les classifications fondées sur la race, qu'elles émanent du Congrès ou d'un état -, mais confirme également la jurisprudence *Croson*, selon laquelle dès lors qu'elle satisfait au *strict scrutiny test* et que les moyens utilisés pour atteindre le *compelling governmental interest* sont *narrowly tailored* (strictement adaptés), une classification fondée sur la race ou l'origine ethnique est constitutionnellement valide. Ce faisant, la majorité renverse également explicitement sa jurisprudence *Fullilove* dans laquelle elle avait admis un *scrutiny test* moins rigoureux.

Elle semble néanmoins radicaliser elle-même quelque peu sa position lorsqu'elle ajoute (p. 25) que tant le 5^e que le 14^e Amendements protègent des personnes et non des groupes, et qu'il s'ensuit dès lors que toute action gouvernementale basée sur la race, c'est-à-dire une classification considérée depuis longtemps comme non pertinente dans la plupart des cas et dès lors interdite, doit être soumise à une analyse judiciaire détaillée destinée à assurer que le droit *personnel* à l'égalité de protection des lois n'a pas été violé. Cette idée, précise-t-elle encore, a depuis longtemps été un élément central de la manière dont la Cour suprême US comprend la notion de protection égale, et prétendre que les classifications fondées sur la race émanant du Congrès ou celles considérées comme *salutaires* ou

⁹¹⁷ A cet égard, les opinions dissidentes formulées dans cet arrêt manquent du souffle et de l'esprit visionnaires des opinions écrites dans les autres affaires par les juges Marshall et Brennan.

bienveillantes⁹¹⁸ émanant des états sont soumises à d'autres standards ne correspondent pas à cette idée⁹¹⁹.

Ce durcissement certain de la Cour suprême US quant à la constitutionnalité de mesures d'affirmative action adoptées tant par le Congrès que par les états se double en outre d'un relâchement concomitant des conditions dans lesquelles des individus peuvent faire valoir que leur droit *personnel* à l'égalité de protection des lois est affecté par de telles mesures. En 1993, dans l'arrêt *Assoc. gen. Contractors v. city of Jacksonville*, la Cour suprême US déclara recevable le recours en constitutionnalité introduit par une association d'entreprises de construction. Elle affirma qu'un plaignant ne doit pas démontrer l'existence d'un *préjudice concret*. Dans le cas d'espèce, ce « préjudice concret » (*injury in fact*) consiste dans le refus de traitement égal résultant de l'imposition d'un obstacle, telle l'incapacité à concourir sur un pied d'égalité dans l'appel d'offres, et non dans l'incapacité ultime d'obtenir le contrat. Pour établir son *standing* (droit d'action)⁹²⁰, l'association plaignante doit seulement démontrer que ses membres sont aptes et disposés à soumettre une offre que seule une politique discriminatoire les empêche de faire sur une base égale (p. 666)⁹²¹.

⁹¹⁸ La Cour suprême US utilise le mot « benign ». Ce terme n'est pas facile à traduire en français et d'ailleurs les membres de la Cour suprême US ont exprimé des points de vue différents sur ce concept ; voy. à cet égard le texte sous la note (12) de l'opinion du juge Brennan dans *FCC*. La périphrase utilisée par la juge O'Connor dans *Mississippi University for Women v. Hogan* (p. 728) paraît la plus illustrative : une classification fondée sur la race (le sexe) est « benign » si, favorisant les membres d'une race ou d'un sexe, elle assiste intentionnellement et directement les personnes appartenant à la race ou au sexe traditionnellement affecté(e) de manière disproportionnée.

⁹¹⁹ Sur la jurisprudence *Adarand* et ses suites, voy. également les minutes d'une conférence tenue en 1995 et consacrée à la jurisprudence récente de la Cour suprême US ; « Race, Law And Justice : The Rehnquist Court And The American Dilemma », publiées dans *45 American University Law Review* (1996).

⁹²⁰ Selon l'article III de la Constitution, le *locus standi* devant le pouvoir judiciaire fédéral suppose l'existence d'un « litige » (*case*) ou d'une « controverse » (*controversy*), c'est-à-dire comportant comme « minimum irréductible » : (a) un dommage concret ; (b) un lien causal entre ce dommage et le comportement contesté ; (c) la probabilité que ce dommage peut être réparé par une décision judiciaire favorable. La Cour suprême US a complété ces exigences constitutionnelles minimales de compétence juridictionnelle fédérale par diverses restrictions (*several judicially self-imposed restrictions*), voy. *Allen v. Wright* (468US 737). Sur ce concept et son interprétation par la Cour suprême US, voy. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, p. 689.

⁹²¹ Cet arrêt fut rendu à une confortable majorité (7-2). Il y a lieu toutefois de noter que dans un arrêt ultérieur totalement étranger à l'EPC du 14^e Amendement (*Clinton v. City of New-York*), les juges Scalia, O'Connor et Breyer, dans une opinion commune partiellement concordante et partiellement dissidente, précisent néanmoins que, contrairement à l'opinion exprimée par la majorité dans ce dernier arrêt, l'arrêt *Jacksonville* n'a pas dit que l'atteinte à la position de contracter de l'association constituait un dommage concret, mais plutôt que dans un litige relatif à l'EPC, le refus d'égalité de traitement en constitue un. Ils ajoutent qu'ils ne connaissent pas de cas, en dehors du 14^e Amendement, dans lequel la simple affectation de la position de contracter, par opposition à la perte démontrée d'un marché, a conféré un tel *standing*.

En droit communautaire, la Cour de justice estime qu'une personne qui n'a pas soumis une offre dans le cadre d'un marché public ne peut être privée du droit d'accéder aux procédures de recours prévues par la directive en cause, lorsque cette absence de soumission s'explique par la présence de spécifications discriminatoires dans les documents relatifs à ce marché. Toutefois, ce droit de recours doit être exercé directement à l'encontre de ces spécifications. Le plaignant, estime la Cour de justice, peut en revanche valablement être privé d'un droit de recours contre la *notification de la décision d'attribution du marché*, voy. *Grossmann Air Service*.

III – Les arrêts *Gratz* et *Grutter*, la légitimité limitée dans l'éducation

Ce durcissement de la Cour suprême US dans le domaine de l'emploi contraste avec l'approche beaucoup plus nuancée adoptée en 2003 dans les affaires *Gratz v. Bollinger*, et surtout *Grutter v. Bollinger*⁹²², concernant les programmes d'affirmative action en matière d'accès aux écoles et aux universités. Dans *Grutter*, la Cour suprême US détaille les conditions dans lesquelles de telles mesures peuvent résister à un examen de constitutionnalité. Il convient toutefois de bien garder à l'esprit que cette attitude plus souple ne concerne « que » l'accès aux écoles et aux universités et ne peut être étendu aux mesures visant l'accès à l'emploi. D'ailleurs, dans aucun de ces deux arrêts la majorité n'indique qu'elle entend renverser l'arrêt *Adarand*. Était « simplement » en cause l'interprétation qu'il convenait de faire, vingt-cinq ans plus tard, de l'arrêt *Bakke*, ou plus exactement de l'opinion du juge Powell, puisque c'est son opinion qui permit la constitution de deux majorités différemment composées pour statuer sur les deux questions en jeu dans cette affaire⁹²³. En outre, dans une partie de son opinion, à laquelle aucun autre juge ne s'était joint, il avait exprimé le point de vue que la réalisation d'une composition raciale variée d'étudiants était le seul objectif qui pourrait survivre au test de proportionnalité stricte du 14^e Amendement. Les mesures d'affirmative action adoptées par les universités depuis lors s'étaient fondées sur cette partie de son opinion. Toutefois, après *Adarand*, la survie de telles mesures d'affirmative action était devenue problématique et leur légitimité au regard du 14^e Amendement et/ou du Titre VI souvent mise à mal⁹²⁴.

Dans *Grutter*, était en cause le programme d'affirmative action de la faculté de droit de l'université du Michigan. Sa politique visait à atteindre une diversité parmi le corps étudiant (*student body diversity*). La faculté avait pour politique explicite de réaliser la mixité parmi ses étudiants avec un *background* et des expériences différentes, et qui se respecteraient et apprendraient les uns des autres. En se concentrant sur les aptitudes académiques des candidats⁹²⁵ couplées à une évaluation flexible de

⁹²² Sur ces deux arrêts, voy. L. Bollinger, G. Torres, J. Greenberg, D. Bell et R. George, « On *Grutter* and *Gratz* : Examining « Diversity » in Education », 103 *Columbia Law Review*, (2003), p. 1588 ; L. Guinier, « Admissions Rituals As Political Acts : Guardians At The Gates Of Our Democratic Ideals », 117 *Harvard Law Review*, (2003), p. 113 et L.S. Greene, « The Constitution and Racial Equality After *Gratz* and *Grutter* », 43 *Washburn Law Review*, (2004), p. 253.

⁹²³ L'arrêt *Bakke* invalida la mesure d'action positive concernée, d'une part, mais affirma que la race constitue un élément pouvant être pris en considération pour décider de l'admission dans une université, d'autre part ; voir ci-dessus.

⁹²⁴ Voir *Hopwood v. Texas*, 5^e *Circuit of Court of Appeals* (1992 – sur cet arrêt, voy. J. Moeser, « *Hopwood v. Texas* : The Beginning of the End for Racial Preference Programs in Higher Education », 48 *Law Mercer Review*, (1997)) et *Johnson v. Board of Regents of the University of Georgia*, 11^e *Circuit of Court of Appeals* (2001 – sur cet arrêt, voy. 115 *Harvard Law Review* (2002), Recent Cases, p. 1239) ; *contra* voy. *Hunter ex rel. Brandt v. Regents of the University of California*, 9^e *Circuit of Court of Appeals* (1999) et *Brewer v. West Irondequoit Central School District*, 2^e *Circuit of Court of Appeals* (2000) ; sur ces deux derniers arrêts, voy. A. Bhagwat, « Affirmative Action and Compelling Interests : Equal Jurisprudence at the Crossroads », 4 *U. Pa. J. Const. L.*, (2002), p. 260.

⁹²⁵ La faculté de droit de l'université du Michigan est l'une des plus renommées. Chaque année plus de 3500 étudiants y font acte de candidature et seuls environ 350 y sont admis.

leurs talents, expérience et potentiel, cette politique imposait au personnel de la faculté d'évaluer chaque candidat en prenant en considération toutes les informations disponibles (déclarations du candidat, lettres de recommandation, essai décrivant la manière dont le candidat contribuera à la vie de la faculté et à la diversité voulue, ses points et grade à l'école dont il est issu ainsi que ses résultats au test d'admission de la faculté). En plus de ces critères, le personnel en charge des admissions devait prendre en compte certaines « variables souples », telles que la qualité de l'essai ou de l'école d'origine. La politique de la faculté aboutissait à ce que même les scores les plus élevés ne garantissaient pas l'admission, comme un score peu élevé ne disqualifiait pas automatiquement un candidat. Cette politique ne limitait pas les types de contributions à la diversité susceptibles de représenter un « poids substantiel » lors de la procédure d'admission, mais la faculté reconnaissait expressément son engagement en faveur d'un type particulier de diversité, celui de la diversité raciale et ethnique, avec une référence spéciale pour l'admission des étudiants appartenant aux groupes historiquement discriminés, tels les Afro-américains, les Américains d'origine hispanique et les *Native Americans* (les populations autochtones). L'objectif était d'admettre une *masse critique* d'étudiants appartenant à ces minorités « afin d'assurer leur capacité à faire des contributions uniques au caractère de la faculté de droit ».

M^{lle} Grutter est une Américaine de race blanche ayant posé sa candidature à la faculté de droit. Sa candidature fut refusée. Elle attaqua ce refus en arguant que la faculté utilisait la race comme un « facteur prédominant » lors de l'admission. La question examinée par la Cour suprême US était donc de savoir si la diversité constitue un intérêt impérieux pouvant justifier une utilisation strictement délimitée de la race dans la sélection des candidats à l'admission dans les universités publiques.

Rendu par 5 voix contre 4⁹²⁶, l'arrêt conclut à la validité du programme d'*affirmative action*. L'arrêt délimite toutefois très précisément les contours des *affirmative actions* pouvant résister à un test de constitutionnalité, mais innove⁹²⁷ également sur l'intérêt gouvernemental pouvant justifier une discrimination fondée sur la race dans le domaine de l'accès à l'éducation.

L'arrêt commence par étendre explicitement au domaine de l'éducation le principe affirmé dans *Adarand*, selon lequel toutes les classifications fondées sur la race, y compris celles utilisées dans un programme d'*affirmative action*, doivent être soumises au test de constitutionnalité le plus strict (*strict scrutiny*)⁹²⁸. Toutefois, l'arrêt confirme également la jurisprudence *Croson*, selon laquelle dès lors qu'elle satisfait au *strict scrutiny test* et que les moyens utilisés pour atteindre le *compelling interest*

⁹²⁶ Le ralliement des juges Scalia et Thomas à une partie de l'avis de la majorité n'est que théorique, puisque il se fait sous la condition que cet avis soit cohérent avec leur propre opinion dissidente.

⁹²⁷ Ou en tout cas conforte de manière plus claire la vision personnelle du juge Powell dans l'arrêt *Bakke*.

sont *narrowly tailored* (strictement adaptés), une classification fondée sur la race ou l'origine ethnique est constitutionnellement valide.

Dans le cas d'espèce, la majorité estime que l'université a démontré l'existence d'un tel *compelling interest*, à savoir atteindre une diversité dans le corps étudiant⁹²⁹, justifiant le recours au critère de la race comme critère d'admission. Dans le domaine de l'éducation, la majorité considère donc qu'un programme d'affirmative action peut satisfaire au *strict scrutiny test*, même s'il ne vise pas à remédier, en tant que tel, à une discrimination passée, ni même à des « attitudes sociétales »⁹³⁰, dont ont souffert les membres appartenant à une minorité ethnique. La majorité assortit ce « nouveau » *compelling interest* d'un garde-fou : l'enrôlement d'une masse critique d'étudiants appartenant à une minorité ethnique simplement afin d'assurer que soit atteint un pourcentage spécifique de membres d'une minorité particulière serait « manifestement anticonstitutionnel ». Mais, note la majorité, le programme de la faculté de droit ne fonctionne pas de cette manière. Celui-ci définit son concept de « masse critique »⁹³¹ par référence aux bénéfices éducationnels substantiels et louables que la diversité permet de produire, en ce compris la compréhension interraciale et la lutte contre les stéréotypes raciaux. La réalité de tels effets est confirmée, selon la majorité, par les nombreux mémoires déposés par les *amici* (anciens hauts fonctionnaires ou militaires,...).

S'agissant du respect du test strict de proportionnalité (*narrowly tailored*), la majorité affirme que, pour qu'il soit respecté, le critère de la race ne peut être qu'un « plus » dans le dossier individuel des candidats. Le programme doit être suffisamment flexible pour apprécier tous les éléments pertinents de la diversité, à la lumière des qualifications particulières de chaque candidat, et tous les prendre en considération, même s'il n'est pas nécessaire d'accorder le même poids à chacun d'eux. La Cour confirme donc explicitement que des *quotas* ou une procédure différente selon la race ne

⁹²⁸ A l'inverse, la Cour de justice semble considérer (voir arrêt *Badeck* en particulier) que les discriminations instaurées par des mesures d'action positive ne doivent respecter qu'un test très souple de proportionnalité ; voy. *supra*.

⁹²⁹ R.C. Post (pp. 59 et 60) avance toutefois que là où Powell conceptualisa la diversité comme valeur intrinsèque du processus éducatif, la majorité dans *Grutter* conçoit par contre l'éducation comme instrumentale pour la réalisation de biens sociaux extrinsèques, tels que le professionnalisme, la citoyenneté ou le *leadership*. B.W. Leach, « Race as Mission Critical : The Occupational Need Rationale in Military Affirmative Action and Beyond », 113 *Yale Law Journal*, (2004), pp. 1093 et 1094, se prononce dans le même sens. Il ajoute que l'acceptation de l'instrumentalisation de la diversité pour la réalisation des besoins professionnels comme *compelling interest* est intéressante dans la mesure où aucune cour n'a jamais accepté que la race puisse être considérée comme *exigence professionnelle essentielle* (« bona fide occupational qualification » - BFOQ) dans le contexte du Titre VII, alors que certains *Circuits* ont en revanche accepté que la race puisse être une telle BFOQ dans le contexte du 14^e Amendement.

⁹³⁰ Attitude dénoncée cependant par le juge Scalia dans *Jonhson* ; voy. *infra*.

⁹³¹ C'est essentiellement sur celui-ci que se focalisent les critiques du *Chief Justice* Rehnquist et des juges Scalia et Thomas dans leurs opinions dissidentes. Dans son langage imagé, mais outrancier, habituel, le juge Scalia parle d'une justification « mystique » provoquant même les « esprits les plus crédules ».

respecteraient pas ce test strict et seraient dès lors inconstitutionnels⁹³². En l'espèce, le programme de la faculté de droit satisfait à ce test strict : il ne crée pas, *de jure* ou *de facto*, un système d'admission ou de refus automatique basé sur une seule variable souple, l'origine ethnique. Au contraire, il assure que les autres variables souples sont également prises en considération en plus de la race ou l'origine ethnique. Enfin, ajoute la majorité, un tel programme doit être limité dans le temps et déclare qu'elle attend que dans vingt-cinq ans (!) un tel programme ne soit plus nécessaire.

Seule une lecture croisée des opinions formulées dans l'arrêt *Gratz*, dans lequel la Cour suprême US invalide le programme d'*affirmative action* du collège de littérature, science et arts de l'université du Michigan, permet de comprendre réellement la portée de l'arrêt *Grutter*. Rendu également par 5 voix contre 4⁹³³, cet arrêt illustre les limites que, même dans le domaine de l'éducation, un programme d'*affirmative action* doit respecter.

Ce programme avait un objectif assez similaire à celui en cause dans *Grutter*. Toutefois les moyens pour réaliser le *compelling interest* de la diversité dans le corps étudiantin étaient différents. Il n'était pas contesté que les membres des minorités ethniques possédant les qualifications suffisantes étaient virtuellement tous admis au Collège, notamment grâce à la circonstance que tout membre d'une minorité ethnique se voyait attribuer de ce seul fait 20 points sur les 100 nécessaires pour garantir l'admission. La majorité juge dès lors ce programme anticonstitutionnel, dans la mesure où le moyen utilisé pour réaliser le *compelling interest*⁹³⁴ n'est pas *narrowly tailored*, c'est-à-dire ne satisfait pas au contrôle strict de proportionnalité. En effet, affirme la majorité, le critère de la race devient en pratique virtuellement décisif pour tout représentant d'une minorité ethnique possédant les qualifications minimales requises⁹³⁵. La majorité conclut également que puisque le programme d'*affirmative action* viole le 14^e Amendement, il viole aussi le Titre VI⁹³⁶.

⁹³² Une fois encore, l'arrêt *Badeck* semble indiquer que la Cour de justice pourrait au contraire valider de tels quotas. Il est probable que la Cour de justice sera amenée à préciser sa pensée lorsqu'elle aura à juger de la validité de quotas en faveur des personnes handicapées en matière d'accès à l'emploi, pratique autorisée dans de nombreux Etats membres.

⁹³³ Comme souvent c'est le vote de la juge O'Connor, membre de la majorité dans *Grutter*, qui permet à la minorité conservatrice dans cet arrêt de former une majorité dans *Gratz*. Bien que se joignant à l'opinion concurrente de la juge O'Connor et ayant formulé une opinion concourant au jugement, le juge Breyer se joignit également à l'opinion dissidente de la juge Ginsburg. Cela signifie qu'il condamne le raisonnement juridique général de la majorité sur le recours au critère de la race, mais admet que dans le cas d'espèce le programme d'*affirmative action* du collège était inconstitutionnel.

⁹³⁴ Mais cet arrêt confirme donc, sous la plume du *Chief Justice* Rehnquist, qui écrit pour la majorité, que la diversité constitue bien un *compelling state interest* dans le domaine de l'éducation.

⁹³⁵ Confrontée à une situation factuelle assez similaire (même si celle-ci concernait l'emploi) à celle soumise à la Cour de justice dans l'affaire *Abrahamsson*, la Cour suprême US adopte donc une attitude plus tranchée, et donc plus claire, que celle de la Cour de justice ; voy. *supra*.

⁹³⁶ Déjà dans *Bakke*, le juge Powell avait considéré que le Titre VI ne proscriit que les discriminations raciales interdites par la Constitution. Mais cette confirmation dans *Gratz* semble signifier qu'une classification d'apparence neutre, mais ayant un impact disproportionné sur les membres de minorités ethniques ne sera

L'arrêt *Gratz* est également intéressant en ce qu'il confirme l'application, aussi dans le domaine de l'éducation, de la jurisprudence *Assoc. gen. Contractors v. city of Jacksonville* (voy. ci-dessus). Un des plaignants n'avait obtenu que des résultats moyens lors de son examen d'admission et avait été placé dans une liste d'attente. Il n'est pas contesté qu'un membre d'une minorité ethnique ayant obtenu les mêmes points aurait été admis au collège. L'intéressé avait entamé ses études dans une autre université du Michigan. Se posait dès lors la question de son intérêt à agir. La majorité affirme, sur base de la jurisprudence *Jacksonville*, qu'il dispose néanmoins d'un tel intérêt à agir. En effet, affirme-t-elle, pour établir son *standing* (droit d'action), il suffit qu'il établisse qu'il était apte et disposé à rentrer au collège, si ce dernier cessait d'utiliser la race comme critère d'admission. La majorité aboutit à ce résultat bien qu'en pratique il ait achevé ses études dans l'autre université⁹³⁷.

Dans son opinion dissidente, le juge Souter, auquel se joint la juge Ginsburg, conteste l'analyse faite quant au fond par la majorité. Il constate que si, effectivement, un membre d'une minorité ethnique se voit attribuer automatiquement 20 points, d'autres candidats peuvent recevoir jusqu'à 20 points en raison de leurs aptitudes athlétiques (!) ou leurs désavantages socio-économiques, 10 points pour leur qualité de résidents au Michigan,.... Dès lors, estime-t-il, l'octroi de 20 points pour l'appartenance à une minorité ethnique ne peut être considéré comme un critère « décisif »⁹³⁸.

L'examen de cette jurisprudence montre que l'évolution de celle-ci ne s'est pas faite sans soubresauts dans le raisonnement juridique utilisé, mais ceux-ci sont plus la résultante des divergences idéologiques marquées entre *Justices* de la Cour suprême US qu'ils ne traduisent une modification de l'analyse juridique proprement dite. Si l'on confronte cette évolution avec celle ayant marqué la jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine, il semble que l'on peut conclure que cette dernière a une attitude plus bienveillante à l'égard des mesures de discrimination positive adoptées par

contraire au Titre VI que si est rapportée la preuve d'une intention ou d'un mobile discriminatoire, comme c'est le cas dans le contexte du 14^e Amendement (arrêt *Washington v. Davis*, voy. *supra*). A l'inverse, il semble résulter de l'arrêt *Johnson* que l'analyse à mener au titre du Titre VII n'est pas identique à celle conduite dans le cadre du 14^e Amendement... ainsi que le soutenait déjà le juge Powell en 1986 dans l'affaire *Paradise* (voy. *infra*).

⁹³⁷ Cette attitude peut être contrastée avec celle adoptée en 2004 dans l'affaire *Bunting, VMI v. Mellen* que par *Opinion* du juge Stevens, la Cour suprême US refusa d'examiner. Dans celle-ci était en cause la constitutionnalité de l'obligation pour les cadets d'assister, même sans y participer, à la prière prononcée durant l'heure du repas dans le collège défendeur. Dans son *Opinion*, le juge Stevens estima que le cas n'appelle pas un examen de la part de la Cour suprême US dans la mesure où les deux plaignants ont fini leurs études au collège concerné. Le juge Scalia et le Chief Justice Rehnquist exprimèrent leur désaccord avec cette position.

⁹³⁸ Suite à l'arrêt de la Cour suprême US, le Collège amenda son programme d'affirmative action. Dorénavant un nombre de points déterminé ne sera plus accordé en fonction de l'appartenance à une minorité ethnique ; voy. l'édition électronique du *Washington Post* du 29 août 2003, p. A02, « U-Michigan Reveals New Policy ». En pratique toutefois, le pourcentage de membres de minorités ethniques admis pour l'année 2004-2005 est resté globalement le même (10% au lieu de 11% l'année précédente), mais les coûts d'évaluation des tests d'admission ont connu en revanche une augmentation de 40% par rapport à l'année précédente, voy. l'édition électronique du *New York Times* du 13 avril 2004, « After Ruling, Three Universities Maintain Diversity in Admissions ».

les Etats membres que celle de la Cour suprême US à l'égard des *affirmative action* du gouvernement fédéral ou des états. En revanche, on ne peut que constater que cette attitude plus souple ne s'appuie guère sur un raisonnement juridique rigoureux.

Section 2 – Civil Rights Act, ADEA et ADA, les méandres de l'interdiction des discriminations

Dans les années cinquante, les tensions raciales étaient de plus en plus perceptibles aux Etats-Unis, en particulier en raison de la volonté des autorités fédérales de mettre un terme à la ségrégation raciale dans les écoles et de faire appliquer le droit de vote des minorités ethniques⁹³⁹. Le Congrès reconnut également à la fin des années cinquante la nécessité d'éliminer pour les minorités ethniques les barrières à l'emploi. Après plusieurs tentatives infructueuses, un projet fut déposé au Congrès et désigné comme « omnibus civil rights legislation », contenant dix titres⁹⁴⁰. Le Titre VII fut appelé « Equal Employment Opportunity ». Dans le *House Judiciary Committee* qui examina le projet, l'opposition à celui-ci dénonça le fait que ni les représentants du patronat ni ceux des employés n'avaient été consultés pour la rédaction des dispositions du Titre VII. Il fut notamment constaté que, nulle part, le terme « discrimination » n'était défini. Il semble toutefois que ce projet, qui pourtant marquait une évolution fondamentale dans le système législatif américain en ce qui concerne la lutte contre les discriminations, continua son chemin législatif sans qu'aucune attention particulière ne lui soit réservée. Il est néanmoins intéressant de constater qu'initialement le projet ne contenait pas le grief d'interdiction des discriminations fondées sur le *sexe*. Un député républicain déposa un amendement visant à interdire également ce motif de discrimination, espérant que celui-ci provoquerait un tollé chez une majorité de ses confrères et aboutirait finalement à couler tout le projet⁹⁴¹. Sa manœuvre se retourna toutefois contre lui et le « sexe » fut ajouté aux autres griefs prohibés de discrimination.

Le Titre VII se compose de plusieurs sections. L'analyse qui suit se limitera essentiellement à la section 703 (a) :

It shall be an unlawful employment practice for an employer - (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race,

⁹³⁹ Sur le contexte historique dans lequel est intervenue l'adoption du Titre VII, voy. E.M. Zion, « Overcoming Adversity : Distinguishing Retaliation from General Prohibitions Under Federal Employment Discrimination Law », 76 *Indiana Law Journal*, (2001), pp. 190 et 195.

⁹⁴⁰ Les Titres I et VIII concernent l'exercice du droit de vote, les Titres II et III, le libre accès aux lieux publics, les Titres IV et VI, la déségrégation des écoles publiques.

color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin⁹⁴².

Le Titre VII prohibe exclusivement les discriminations fondées sur la race, la couleur, la religion⁹⁴³, le sexe et l'origine nationale. La race et la couleur pouvant, globalement, être regroupées sous un même grief, on peut constater que le Titre VII n'interdit *que* quatre motifs de discrimination. Il n'inclut pas, par exemple, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle. S'agissant de l'âge, le Congrès adopta en 1967 l'*Age Discrimination in Employment Act* (ci-après *ADEA*), lequel contient une prohibition limitée de la discrimination fondée sur l'âge⁹⁴⁴. S'agissant du handicap, le Congrès adopta en 1991 l'*Americans with Disabilities Act* (ci-après *ADA*), mais l'application concrète de celui-

⁹⁴¹ La façade juridique derrière laquelle se cachait cet argument étant que la discrimination fondée sur le sexe est suffisamment différente des autres motifs de discrimination pour justifier un traitement législatif différent.

⁹⁴² 42 U.S.C. 2000e-3 (section 703(a) du Titre VII : « il est interdit à un employeur (1) de ne pas recruter, de refuser de recruter, de licencier un individu, ou de discriminer à son encontre de quelque autre manière relativement à sa rémunération, ses conditions de travail ou les prérogatives attachées à son emploi, en raison de la race, de la couleur, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale de cet individu ; ou (2) de limiter, ségréguer ou classer ses employés ou candidats à un emploi d'une manière qui restreindrait ou tendrait à restreindre les perspectives de carrière d'un individu ou affecterait de quelque autre façon son statut de salarié, en raison de la race, de la couleur, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale de cet individu » (traduction de G. Calvès, p. 22).

⁹⁴³ Mais un employeur est exempté de l'interdiction de discrimination fondée sur la religion s'il est une « religious corporation, association, educational institution, or society ». Sur la portée de cette exemption, voy. L.B. Mutterperl, « Employment at (God's) Will : The Constitutionality of Antidiscrimination Exemptions in Charitable Choice Legislation », 37 *CR-CL*, (2002), p. 389 et L.L. Coon, « Employment Discrimination by Religious Institutions : Limiting the Sanctuary of the Constitutional Ministerial Exception to Religion-Based Employment Decisions », 54 *Vanderbilt Law Review*, (2001), p. 482. La directive 2000/78, qui interdit notamment l'interdiction des discriminations fondées sur la religion, contient une disposition similaire (art. 4, paragraphe 2) qui prévoit que dans le cas des activités professionnelles des églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur ces motifs n'est pas discriminatoire lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. La rédaction de cette disposition est toutefois pour le moins ambiguë.

⁹⁴⁴ L'*ADEA* interdit les discriminations à l'encontre des travailleurs âgés de plus de 40 ans et rend illégale la retraite obligatoire, à n'importe quel âge (depuis 1986), pour la grande majorité des travailleurs. Sur ce texte, voy. notamment *O'Connor v. Consolidated Coin Caterers*. Il convient de noter que la Cour suprême US a jugé que des travailleurs âgés de plus de quarante ans, et rentrant donc dans le champ d'application personnel de l'*ADEA*, ne peuvent toutefois se plaindre d'une discrimination fondée sur l'âge lorsque leur employeur adopte une mesure favorisant les seuls travailleurs âgés de plus de cinquante ans. Selon la Cour suprême US, le texte de l'*ADEA*, sa structure, son objectif, son histoire et sa relation vis-à-vis des autres législations fédérales montrent qu'il n'a pas pour but d'empêcher un employeur de favoriser un employé plus âgé par rapport à un employé plus jeune, même si celui-ci est couvert par l'*ADEA* aussi – voy. *General Dynamics v. Cline* concernant une convention collective conclue entre l'entreprise et un syndicat et supprimant l'obligation pour la première de fournir des prestations de santé à ses futurs retraités, sauf pour ses employés déjà âgés de plus de cinquante ans. De manière générale, voy. L. Franck, « The Cost to Older Workers : How the ADEA Has Been Interpreted To Allow Employers To Fire Older Employees Based on Cost Concerns », 76 *Southern California Law Review* (2003), p. 1409. Pour une comparaison de la protection offerte par l'*ADEA* et la directive 2000/78, voy. T. Osborne, « Will the European Union Directive on Equal Treatment Fulfill Its Purpose of Combatting Age Discrimination in Employment? », 38 *The International Lawyer*, (2004), p. 867

ci reste fort controversée (voy. *infra*). En revanche, l'orientation sexuelle ne constitue toujours pas un motif de discrimination prohibé par la législation fédérale. En outre, dans son arrêt *Boy Scouts of America v. Dale* de 2000, la Cour suprême US jugea que l'exclusion de M. Dale, alors *assistant scoutmaster* d'une troupe du New Jersey, en raison de son homosexualité avouée était permise au titre du 1^{er} Amendement sur le droit d'association !⁹⁴⁵ En revanche, en 1996, dans *Romer v. Evans*, la Cour suprême US jugea que « l'Amendement 2 » à la constitution de l'état du Colorado, interdisant toute action législative ou judiciaire visant à protéger le statut des personnes fondé sur leur orientation sexuelle était contraire à l'EPC du 14^e Amendement, et en 2003 reconnu, dans *Lawrence v. Texas*, le droit pour des adultes de s'engager dans un comportement privé en exerçant leur liberté au titre de la DPC du 14^e Amendement (voy. *ci-dessus*).

S'agissant du « sexe », il fallut une modification du Titre VII en 1978 par le *Pregnancy Discrimination Act* pour que la discrimination en fonction de la grossesse soit prohibée. Avant cette date, la Cour suprême US avait jugé qu'une différence fondée sur un tel critère n'était contraire ni à l'EPC du 14^e Amendement⁹⁴⁶ ni au Titre VII⁹⁴⁷. Le harcèlement sexuel, dû à l'établissement d'un « environnement hostile », fut reconnu comme constituant une discrimination fondée sur le sexe en 1986 dans *Meritor Savings Bank v. Vinson*. En 1998, dans *Oncale*, la Cour suprême US jugea par ailleurs qu'un harcèlement sexuel, même à l'encontre d'une personne du même sexe que le harceleur, constitue néanmoins également une discrimination fondée sur le sexe⁹⁴⁸ (voy. *ci-dessous*).

⁹⁴⁵ Il s'agit d'un des nombreux arrêts rendus 5 contre 4. Sur cet arrêt, voy. notamment R.J. Upton, « Bob Jonesing Baden Powell ; Fighting the Boy Scouts of America's Discriminatory Practices by Revoking Its State-Level Tax Exempt Status », *50 American University Law Review*, (2001), p. 793 et A. Koppelman, « Signs of the Times : *Dale v. Boy Scouts of America* and The Changing Meaning of Antidiscrimination », *23 Cardozo Law Review* (2002), p.1819, qui démontre le caractère proprement absurde de certains arguments utilisés par la majorité au soutien de l'arrêt. Mais c'est aussi notamment cet arrêt qui permit à la *Court of appeals* du 3^e Circuit de juger en 2004 que le gouvernement fédéral ne peut arrêter d'octroyer des subventions aux universités américaines qui interdisent l'accès de leur *campus* aux représentants de l'armée qui souhaitent y venir pour recruter de jeunes gens et jeunes filles, en raison des pratiques discriminatoires à l'encontre des homosexuels et des lesbiennes en vigueur dans l'armée ; *Forum for academic and institutional rights v. Secretary of Defense*.

⁹⁴⁶ *Geduldig v. Aiello*. Le raisonnement tenu dans cet arrêt par les 6 juges de la majorité était le suivant : le système californien d'assurance, protégeant les travailleurs contre les conséquences d'une incapacité temporaire de travail résultant d'un accident ou d'une maladie, qui exclut les cas résultant d'une maternité, n'est pas contraire à l'EPC, car la classification opérée ne discrimine pas selon les groupes de personnes éligibles au bénéfice de ce système d'assurance tel qu'il est organisé (p. 494). Selon la majorité, un état peut choisir de procéder par étapes et choisir de ne faire porter initialement son action que sur les problèmes qui lui paraissent les plus aigus (p. 495). A l'inverse, les trois juges de la minorité considérèrent qu'en choisissant de ne pas assurer les conséquences résultant d'une incapacité temporaire affectant seulement les femmes, la Californie avait appliqué un traitement différent aux hommes et aux femmes fondé sur des caractéristiques physiques inextricablement liées aux personnes d'un seul sexe, de sorte que cette différence de traitement constituait inévitablement une discrimination fondée sur le sexe (p. 501).

⁹⁴⁷ *General Electric v. Gilbert*. L'arrêt est basé sur des considérations très similaires à celles fondant l'arrêt *Geduldig*.

⁹⁴⁸ Sur ce dernier arrêt, voy. notamment M. Coombs, « Title VII and Homosexual Harassment After *Oncale* : Was it a Victory ? », *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1999, p. 113.

A côté du Titre VII, on pourrait également citer, dans la mesure où ils le complètent et participent d'une même jurisprudence, le Titre VI, lequel interdit aux bénéficiaires de fonds fédéraux de discriminer sur la base de la race, de la couleur ou de l'origine nationale⁹⁴⁹ et le Titre IX qui interdit, sous réserve d'une série d'exceptions, les discriminations fondées sur le sexe dans les programmes d'éducation subsidiés par des fonds fédéraux et étend le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi aux établissements d'enseignement⁹⁵⁰.

Le Titre VII exclut spécifiquement de la définition du terme « employeurs » ceux occupant moins de quinze salariés⁹⁵¹. De même, il exclut de son champ d'application les « bona fide private membership clubs ». En 1972, le Congrès étendit le Titre VII pour couvrir certaines catégories d'employés fédéraux ainsi que les employés d'agences fédérales. En 1991, le Titre VII fut de nouveau amendé par le *Compensatory Damages Amendment*. Ce dernier, fruit d'un compromis entre un Congrès démocrate et une administration républicaine, visait, notamment, à permettre aux victimes

⁹⁴⁹ « No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance » 42 U.S.C. §2000(d) – section 601 du Titre VI. La section 602 autorise les agences fédérales à donner effet à la section 601 en adoptant des réglementations spécifiques. En 2001, la Cour suprême US, dans l'arrêt *Alexander v. Sandoval*, a considérablement restreint la portée de l'interdiction de discrimination prononcée par le Titre VI. Dans cette affaire, la plaignante, dont la langue maternelle était l'espagnol, souhaitait passer l'examen pour l'obtention d'un permis de conduire en Alabama. Or, le département des transports de cet état avait, en arguant d'un motif de sécurité routière, adopté une réglementation selon laquelle cet examen serait fait exclusivement en anglais. La plaignante estimait que cette « English-only policy » discriminait les personnes d'une autre langue maternelle et donc en fonction de l'origine nationale. Dans un nouvel arrêt « 5-4 », la Cour suprême US estime que la plaignante ne dispose pas d'un droit d'action. Elle rappelle que la section 601 ne prohibe que les discriminations *intentionnelles* et qu'à l'égard de celle-ci tout individu dispose d'un droit d'action individuel. Elle établit que la section 602 autorise le législateur fédéral à interdire des activités qui ont un effet disproportionné (*disparate impact*) sur certains groupes raciaux alors même que ces activités ne seraient pas interdites par la section 601. Néanmoins, juge-t-elle, la victime d'une discrimination non intentionnelle résultant d'une politique ayant un *disparate impact* sur les membres d'une autre origine nationale ne dispose pas d'un droit d'action individuel pour contester cette politique ; pour un commentaire détaillé de cet arrêt et de ses conséquences, voy. J.A. Laufer, « *Alexander v. Sandoval* And Its Implications For Disparate Impact Regimes », 102 *Columbia Law Review*, (2002), p. 1613 et B.J. Gorod, « The Sorcerer's Apprentice : *Sandoval*, *Chevron*, and Agency Power To Define Private Rights of Action », 113 *The Yale Journal*, (2004), p. 939. En 2005, dans *Jackson v. Birmingham Bd of Ed*, portant sur une question très similaire, mais concernant le Titre IX, la Cour suprême US jugea en revanche que lorsque le bénéficiaire de fonds fédéraux licencie un employé *parce qu'il* a introduit une plainte pour discrimination sexuelle, ce comportement constitue une discrimination *intentionnelle* fondée sur le sexe ouvrant un droit d'action individuel à la victime. C'est une fois encore la juge O'Connor qui, se joignant à la minorité de l'arrêt *Sandoval*, permet ce changement de jurisprudence.

⁹⁵⁰ « No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance ». Sur la genèse du Titre IX, voy. S. Jean, « Peer Sexual Harassment since *Oncale* and *Davis* : Taking the « Sex » out of « Sexual Harassment » », 2000 *The Law Review of Michigan University – Detroit College of Law*, p. 485.

⁹⁵¹ Section 701 (b). Une même limitation existe dans l'ADEA et l'ADA. Sur la détermination de la notion de « salarié » dans cette dernière législation, voy. *Clackamas Enterology Associates v. Wells*, à propos de médecins directeurs et actionnaires d'une clinique. Voy. également sur cette notion, s'agissant d'avocats, qui sont *partners* dans une firme d'avocats et sur la jurisprudence conflictuelle des différents *Circuits*, K.N. Johnson, « Resolving the Title VII Partner-Employee Debate », 101 *Michigan Law Review*, (2003), p. 1067. Une telle limitation n'existe en revanche pas dans le droit communautaire.

d'une discrimination *intentionnelle*⁹⁵² de percevoir des dommages et intérêts compensatoires, et à répondre à certains arrêts récents de la Cour suprême US ressentis comme autant de reculs dans l'interprétation du Titre VII de 1964. Par exemple l'arrêt *Patterson v. McLean Credit Union* de 1989 dans lequel la Cour suprême US jugea que le « *racial harassment relating to the conditions of employment is not actionable under 1981, which provides that "[a]ll persons . . . shall have the same right . . . to make and enforce contracts . . . as is enjoyed by white citizens," because that provision does not apply to conduct which occurs after the formation of a contract and which does not interfere with the right to enforce established contract obligations* »⁹⁵³.

Le Congrès adopta le Titre VII afin d'assurer l'égalité des chances en matière d'emploi, en éliminant les pratiques qui discriminent sur base de la race, de la couleur, de la religion⁹⁵⁴, du sexe ou de l'origine nationale. Si les différences fondées sur l'âge et le handicap sont couvertes, dans une certaine mesure, par l'ADEA et l'ADA respectivement, en revanche, aucune législation fédérale⁹⁵⁵ n'interdit les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi.

Comme c'est le cas également en droit communautaire, l'interprétation qu'il convient de donner des motifs de discrimination visés par les différentes législations fédérales peut s'avérer délicate (§ 1). Mais la tâche la plus ardue à laquelle sera confrontée la victime d'une discrimination sera de passer avec succès tous les obstacles liés à l'établissement de l'existence d'une telle discrimination (§ 2). En revanche, les mesures *volontaires* d'affirmative action dans le domaine de l'emploi sont généralement validées par la Cour suprême US (§ 3).

§ 1 – L'interprétation difficile des motifs prohibés

I – Le harcèlement sexuel, une discrimination fondée sur le sexe ?⁹⁵⁶

⁹⁵² Cela ne s'étendait donc pas aux victimes d'une discrimination *indirecte* (« systemic disparate impact ») ; sur cette notion voy *infra*.

⁹⁵³ Pour une présentation plus complète des arrêts de la Cour suprême US ayant incité le Congrès à amender le Titre VII, voy. D. Staudmeister, « Grasping the Intangible ; A Guide to Assessing NonPecuniary Damages in the EEOC Administrative Process », *46 American University Law Review* (1996).

⁹⁵⁴ Alors que s'agissant du contrôle de constitutionnalité, les distinctions fondées sur la religion ne sont en principe pas examinées dans le 14^e Amendement, mais dans les clauses de l'*Establishment* et du *Free Exercise* du Premier Amendement. Le Congrès a défini la notion de « religion » dans le Titre VII comme visant tous les aspects de l'observance religieuse et des pratiques religieuses, ainsi que les croyances, 42 U.S.C. 2000e(j) – section 701.

⁹⁵⁵ Mais en 2005, une telle interdiction de discrimination existait dans les législations de l'Illinois, de California, du Connecticut, de Hawaï, du Massachusetts, du Minnesota, du Nevada, du New Jersey, de New York, du New Hampshire, du Nouveau Mexique, de Rhode Island, du Vermont, du Wisconsin et dans le District de Columbia.

⁹⁵⁶ Dans la mesure où il n'existe pas de jurisprudence de la Cour suprême US sur les transsexuels, la question de savoir si la prohibition par le Titre VII des discriminations fondées sur le sexe couvre également, à l'instar de la directive 76/207 en droit communautaire (voy. arrêt *P.*), les discriminations à l'encontre des transsexuels ne sera pas examinée. Il est toutefois intéressant de noter que jusqu'à la fin des années quatre-vingts, les cours et

1) L'arrêt *Meritor Savings Bank*, l'interdiction du harcèlement – environnement hostile

Le Titre VII ne proscriit pas expressément le harcèlement sexuel. C'est, semble-t-il⁹⁵⁷, en 1976, qu'une *District Court* affirma pour la première fois qu'un « *quid pro quo sexual harassment* »⁹⁵⁸ constitue un cas de discrimination fondée sur le sexe. En 1986, dans *Meritor Savings Bank v. Vinson*, la Cour suprême US étendit ce concept au « harcèlement sexuel – environnement hostile »⁹⁵⁹. De manière

tribunaux américains ont considéré qu'un transsexuel ne pouvait invoquer une violation du Titre VII, car le terme « sexe » ne couvrirait que le « sexe anatomique/biologique » et non l'identité sexuelle – référence à la distinction en anglais entre « sex » et « gender » - et en adoptant le Titre VII, le Congrès n'aurait entendu interdire que les seules discriminations fondées sur le sexe et non sur le « gender/genre ». Toutefois, en 1989, la Cour suprême US, dans l'affaire *Price Waterhouse v. Hopkins*, considéra (p. 240) que par l'interdiction des discriminations fondées sur le « sexe », il y a lieu de comprendre que le « gender/genre » ne peut être utilisé dans des décisions en matière d'emploi (cas d'une femme s'étant vu refuser de devenir *partner* dans l'entreprise défenderesse parce qu'elle n'aurait pas une attitude suffisamment féminine et aurait dû « marcher, parler et s'habiller de manière plus féminine, se maquiller et porter des bijoux » (p. 235).). S'appuyant sur ce passage de l'arrêt de la Cour suprême US – pourtant à première vue assez étranger à la problématique spécifique à laquelle sont confrontés les transsexuels - il semblerait que les cours et tribunaux inférieurs se soient montrés plus enclins à accepter que le Titre VII interdit également les discriminations à l'encontre des transsexuels. Pour une application récente de ce raisonnement, voy. l'arrêt *Smith v. City of Salem* du 6^e Circuit de 2004. Sur cette question, voy. notamment J. L. Madeira, « Law As a Reflection of Her/His Story : Current Institutional Perceptions Of, And Possibilities For, Protecting Transsexuals' Interests In Legal Determinations of Sex », *5 Upa.J.Const.L.*, (2002), p. 128, et spécialement pp. 153-156; voy. également S. Gulati, « The Use of Gender-Loaded Identities in Sex-Stereotyping Jurisprudence », *78 New York University Law Review*, (2003), p. 2177. Il n'en demeure pas moins que cette attitude plus « ouverte » demande à être confirmée par la Cour suprême US elle-même. Dans sa composition conservatrice actuelle, il n'est guère certain qu'elle accepterait d'interpréter *Price Waterhouse v. Hopkins* de la manière dont certaines cours inférieures ont lu ce dernier. En revanche, l'analyse faite de *Hopkins* par J.A. Hardage, « Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises, Inc. And the Legacy of *Price Waterhouse v. Hopkins* : Does Title VII Prohibit 'Effemincay' Discrimination ? », *53 Alabama Law Review*, (2002), p. 193, selon lequel, par cet arrêt, la Cour suprême US a étendu l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe à celles fondées sur le défaut de conformité d'un employé aux « stéréotypes sexuels » paraît devoir être approuvée. Il y a toutefois lieu de noter les limites d'une telle interdiction de discrimination. Ainsi, en 2003, le 2^e Circuit a conclu dans *Zalewska v. County of Sullivan* que le code vestimentaire imposée par la compagnie de transport défenderesse consistant à imposer à tous ses employés de porter un pantalon créait certes une différence de traitement fondée sur le sexe – les employés féminins se voyant interdire de porter une jupe – mais n'appelait pas un *review test* renforcé. Dès lors, en l'absence d'intention discriminatoire et la classification opérée étant formulée de manière *gender-neutral* (!), elle était seulement soumise au *rational basis review*. De la même façon, le 9^e Circuit jugea en 2004, dans *Jespersen v. Harrah's*, que l'arrêt *Price Waterhouse* n'interdisait pas à un employeur d'imposer à ses employées (serveuses) de se maquiller, de se vernir les ongles et d'avoir une coiffure élégante dans la mesure où des obligations équivalentes (interdiction de se maquiller et obligation d'avoir des ongles coupés soigneusement et des cheveux courts) pesaient sur leurs collègues masculins effectuant les mêmes tâches.

⁹⁵⁷ Voy. L. Roseberry, *The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community*, DJOF Publishing, 1999, p. 317. Sur la jurisprudence initiale des *District courts*, voy. M.J. Katz, « Reconsidering Attraction in Sexual Harassment », *79 Indiana Law Journal*, (2004), pp. 101 et 114. R. Mizrahi, « « Hostility to the Presence of Women » : Why Women Undermine Each Other in the Workplace and Consequences for Title VII », *113 The Yale Law Journal*, (2004), pp. 1579 et 1581, situe en 1981 le premier cas dans lequel un « harcèlement – environnement hostile » fut reconnu comme constituant une discrimination fondée sur le sexe par un *Circuit*.

⁹⁵⁸ Situation requérant comme condition que la femme accorde une faveur sexuelle en échange d'un avantage dans un emploi (promotion, ...). Sur la jurisprudence initiale des juridictions inférieures, voy. M. Nieves, « *Joseph Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* : Redefining Workplace Sexual Harassment to Include Same-Sex Sexual Harassment and the Effect on Employers », *34 New England Law Review*, (2000), pp. 941 et 943 à 948.

⁹⁵⁹ Situation dans laquelle le harcèlement sexuel se caractérise par un comportement à connotation sexuelle qui n'est pas désiré par la femme qui en est l'objet, et qui n'est pas lié à un avantage dans l'emploi. La Cour suprême

remarquable, cet arrêt fut rendu à l'unanimité des 9 juges⁹⁶⁰. Et en 1998, elle étendit encore, dans l'affaire *Oncale*, l'interdiction du Titre VII au harcèlement sexuel vis-à-vis d'une personne du même sexe.

Cette extension de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe au « harcèlement sexuel – environnement hostile »⁹⁶¹ invite à s'interroger sur le concept même de « discrimination » : où se trouve la discrimination, fondée sur le sexe, dans le cas du harcèlement sexuel et quels sont les groupes à comparer aux fins du constat de l'existence d'une différence de traitement ?

Le raisonnement suivi par la Cour suprême US dans l'affaire *Meritor Savings Bank* est intéressant. M^{lle} Vinson avait été engagée par le directeur d'une succursale d'une banque et travaillé sous ses ordres pendant quatre années, durant lesquelles elle obtint régulièrement des promotions. Elle notifia alors à son employeur qu'elle prenait un congé maladie de durée indéfinie. Deux mois plus tard, la banque la licencia. M^{lle} Vinson engagea alors une procédure pour violation du Titre VII au motif que, durant ces quatre années, elle avait été soumise à un harcèlement sexuel de la part du directeur de la succursale⁹⁶². Selon elle, son directeur lui avait fait à de nombreuses reprises des propositions d'avoir avec lui des relations sexuelles, propositions auxquelles elle avait fini par céder par crainte de perdre son emploi. Cette version était bien sûr contestée par le directeur de la succursale.

La Cour suprême US considère (p. 69) d'abord que le fait que l'intéressée ait « volontairement » - au sens où elle n'y fut pas forcée - accédé à ces propositions à connotation sexuelle ne constitue pas un moyen de défense pertinent. L'aspect essentiel d'une plainte pour harcèlement sexuel est que les avances sexuelles sont « non désirées ». Ce qui importe pour le juge saisi d'une telle plainte, c'est de déterminer si la plaignante a fait savoir, par son comportement, que ces avances n'étaient pas désirées, et non de déterminer si sa participation effective à la relation sexuelle fut volontaire. La Cour suprême US reconnaît qu'il s'agit évidemment d'une question soulevant de délicats problèmes de preuve. La Cour suprême US ne trancha pas la question elle-même et renvoya à la *District Court*.

US parle de harcèlement sexuel conduisant à un préjudice non économique. L'arrêt *Meritor Savings Bank* fut réaffirmé dans *Harris v. Forklift Systems* en 1993. Dans ce dernier arrêt, comme dans *National Railroad Passenger Corporation v. Morgan*, à propos d'un cas de harcèlement racial, la Cour suprême US a affirmé que pour déterminer si une plainte pour discrimination due à un « environnement hostile » est fondée, il convient d'examiner tous les faits pertinents, et notamment la fréquence du traitement discriminatoire allégué, sa gravité, s'il pose une menace à l'intégrité physique ou est humiliant, ou s'il ne constitue qu'une simple expression offensante, et s'il peut raisonnablement être considéré comme nuisant à l'exécution du travail de la victime.

⁹⁶⁰ Les juges Marshall, Brennan, Blackmun et Stevens, dans une opinion concordante commune, prennent en outre position sur les conditions dans lesquelles un employeur peut voir sa responsabilité être engagée en vertu du Titre VII, question laissée sans réponse par les cinq autres juges.

⁹⁶¹ S'agissant du « harcèlement sexuel – avantage économique », la Cour suprême US a considéré que : « *It is without question that sexual harassment of female employees in which they are asked or required to submit to sexual demands as a condition to obtain employment or to maintain employment or to obtain promotions falls*

Ce raisonnement, pour intéressant qu'il soit, ne paraît pas suffisant pour établir l'existence d'une *discrimination fondée sur le sexe*. Aussi, la Cour suprême US ajoute-t-elle, s'appuyant sur les *Guidelines* émanant de l'*Equal Employment Opportunity Commission* et sur plusieurs arrêts rendus par des juridictions inférieures, que le harcèlement sexuel qui crée un environnement hostile ou offensant pour les membres d'un genre constitue une barrière arbitraire à l'égalité sexuelle au lieu de travail équivalente à celle créée par le harcèlement racial. Pour qu'une plainte pour harcèlement sexuel soit fondée, il faut qu'il soit suffisamment grave ou « omniprésent » (*pervasive*) pour altérer les conditions d'emploi de la victime et pour créer un environnement de travail dégradant⁹⁶³.

2) L'arrêt *Oncale*, le harcèlement « homme-homme », une discrimination ?

Mais dans ce cas comment considérer qu'un harcèlement sexuel d'une personne du même sexe constitue *aussi* une discrimination fondée sur le sexe ? Dans l'arrêt *Oncale*, la Cour suprême US, statuant une fois encore à l'unanimité, ne répond pas vraiment à cette question⁹⁶⁴. Joseph Oncale travaillait sur une plateforme pétrolière sous l'autorité d'autres hommes. A de nombreuses reprises, il fut soumis à des comportements à connotation sexuelle humiliants, à des agressions sexuelles et à des menaces de viol. Pour pouvoir conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la Cour suprême US suit le raisonnement suivant. Le Titre VII tend à protéger tant les femmes que les hommes. Elle s'appuie sur sa jurisprudence antérieure relative au harcèlement racial sur les lieux de travail pour affirmer qu'il n'est pas exclu qu'un membre d'un groupe discrimine les autres membres du même groupe. Les précédents sur lesquels elle fonde son affirmation sont néanmoins peu convaincants, car à chaque fois il s'agissait clairement d'une discrimination au détriment des membres du même groupe, mais à l'avantage des membres de l'autre groupe. Ce qui n'était nullement le cas en l'espèce. C'est pourquoi, reconnaissant elle-même la faiblesse de ces précédents, elle ajoute : « *If our precedents leave any doubt on the question, we hold today that nothing in Title VII necessarily bars a claim of discrimination "because of . . . sex" merely because the plaintiff and the defendant (or the person charged with acting on behalf of the defendant) are of the same sex* » et elle précise qu'elle ne voit rien dans le Titre VII ou dans sa jurisprudence antérieure qui interdirait de considérer le harcèlement sexuel sur des personnes du même sexe comme étant également prohibé. A l'argument

within protection of Title VII » (p. 68). Cette affirmation péremptoire n'explique toutefois en rien pourquoi même ce type de harcèlement sexuel peut être regardé comme créant une *discrimination*.

⁹⁶² Ces faits illustrent que la frontière entre les deux types de harcèlement sexuel peut parfois être très ténue.

⁹⁶³ Voy. également *Pennsylvania State Police v. Suders* portant sur un cas de harcèlement sexuel ayant mené à la démission de la victime. Dans un tel cas, la Cour suprême US exige en outre que celle-ci, pour établir une violation du Titre VII, et donc la responsabilité de l'employeur, établisse que l'environnement de travail était devenu à ce point intolérable qu'une démission était une réponse appropriée.

⁹⁶⁴ M.J. Katz (p. 141). A.P. Aggarwal et M.M. Gupta, « Same-Sex Sexual Harassment: is it Sex Discrimination? A Review of Canadian and American Law », 27 *Manitoba Law Journal*, (2000), p. 333 au para. 52, soulignent que cet arrêt laisse notamment ouverte la question de savoir si le harcèlement sexuel d'un hétérosexuel par un autre hétérosexuel du même sexe serait prohibé par le Titre VII ?

selon lequel une telle extension aboutirait en fait à transformer le Titre VII en une sorte de « code de civilité » sur les lieux de travail aux Etats-Unis, elle répond que le risque couru n'est pas plus grand que celui découlant de l'interdiction du harcèlement sexuel des personnes de l'autre sexe, et qu'en toute hypothèse le Titre VII ne prohibe pas toutes les formes verbales ou physiques de harcèlement, mais qu'il ne concerne que la discrimination en raison du sexe. La question centrale, réaffirme-t-elle, est de savoir si les personnes d'un sexe sont exposées à des conditions de travail désavantageuses auxquelles les personnes de l'autre sexe ne sont pas exposées.

Sur ce point, elle apporte les précisions importantes suivantes. Si les tribunaux ont pu facilement induire l'existence d'une discrimination dans la plupart des cas de harcèlement sexuel « homme-femme », dans la mesure où le comportement reproché comportait classiquement une proposition explicite ou implicite de relation sexuelle, il est raisonnable de présumer que de telles propositions n'auraient pas été faites à une personne du même sexe. Une telle conclusion doit également exister dans le cas d'un harcèlement sexuel « homme-homme » ou « femme-femme » s'il existe une preuve crédible que le harceleur est homosexuel. Toutefois, ajoute-t-elle, le comportement du « *harceleur* » ne doit pas être motivé par un désir sexuel pour permettre de conclure à une discrimination fondée sur le sexe. Un tribunal peut raisonnablement aboutir à cette conclusion si, par exemple, une femme est harcelée par un comportement à connotation sexuelle d'une autre femme visant à lui faire comprendre qu'elle est hostile à la présence de femmes sur les lieux de travail. Bien sûr, la victime d'un harcèlement sexuel de la part d'une personne du même genre peut aussi offrir des preuves comparatives sur la manière dont le harceleur traite les personnes des deux genres, mais quel que soit le moyen de preuve choisi par la victime, celle-ci doit toujours établir que le comportement en cause n'était pas seulement teinté de connotations sexuelles offensantes, mais qu'il constituait réellement une discrimination en raison du sexe. Elle ajoute enfin qu'une autre exigence du Titre VII exclut que celui-ci puisse être transformé en un « code de civilité », à savoir que l'interdiction du harcèlement sexuel ne prohibe que les comportements si objectivement offensants qu'ils altèrent les conditions de travail de la victime.

Il faut savoir gré à la Cour suprême US d'avoir rendu – fait rare – un arrêt à l'unanimité sur cette question délicate. L'objectif recherché est également éminemment louable. On pourrait cependant s'interroger sur le caractère réellement convaincant de l'argumentation utilisée au regard des critères d'application du concept de discrimination. Dans son opinion concordante, lapidaire, le juge Thomas déclare qu'il partage l'avis de ses collègues dans la mesure où ils affirment que dans chaque cas d'allégation de harcèlement sexuel, la victime doit établir, conformément aux exigences du Titre VII,

l'existence d'une discrimination fondée sur *le sexe*⁹⁶⁵. Cette observation résume bien le sentiment mitigé que l'on peut éprouver à la lecture de cet arrêt. Sa motivation oscille en permanence entre l'affirmation que la prohibition du Titre VII s'étend à la création d'un environnement hostile par un comportement à connotation sexuelle, mais qui n'implique pas une discrimination, et la confirmation que le comportement reproché doit constituer une discrimination^{966 967 968}.

3) Les arrêts *Davis* et *Gebster*, les questions sans réponse

a) L'arrêt *Davis*.

Une année plus tard, en 1999, la Cour suprême US fit un pas supplémentaire en jugeant dans l'affaire *Davis, as next friend of LaShonda D. v. Monroe County Board of Education*, qu'une action en dommages et intérêts peut valablement être engagée, en vertu du Titre IX du *Education Amendments Act* de 1972⁹⁶⁹, contre une école en raison du harcèlement sexuel d'une élève par un autre élève^{970 971},

⁹⁶⁵ Mais comme l'a souligné la doctrine américaine (M. Nieves, p. 971), l'emploi du mot « sexe » dans un cas de harcèlement sexuel peut faire référence au sexe du harceleur, à celui de la victime, au type de comportement visé, il peut aussi être une référence à une combinaison des trois, d'où la difficulté éprouvée par certains tribunaux à déceler une discrimination « en raison du/fondé sur le sexe ». Pour une présentation intéressante et détaillée du problème juridique posé en cas de harcèlement sexuel par une personne sur des représentants des deux sexes, voy. K.F. Mothershead, « How the « Equal Opportunity » Sexual Harasser Discriminates on the Basis of Gender Under Title VII », 55 *Vanderbilt Law Review*, (2002), p. 1206.

⁹⁶⁶ Dans la 1^{ère} partie, j'ai souligné que la même ambiguïté se retrouve dans la directive 76/207 amendée.

⁹⁶⁷ M. Nieves (p. 959) souligne également le problème que cette ambiguïté représente pour le juge saisi d'une plainte pour harcèlement sexuel, car certains tribunaux avaient tendance à se concentrer exclusivement sur l'existence de la création d'un environnement hostile pour conclure à l'existence d'un harcèlement, quand, en fait, il n'y avait pas de preuve d'une discrimination ou du fait que le harcèlement était fondé sur le sexe de la victime. Ainsi, en 2003, le 8^e Circuit jugea dans *McCown v. St John's Health System* qu'un comportement assez similaire à celui dénoncé dans *Oncale* ne constitue pas un harcèlement sexuel, dans la mesure où le plaignant ne peut établir l'existence d'un comportement *discriminatoire* à son égard.

⁹⁶⁸ Le système mis en place par la Cour suprême US dans *Oncale* fut complété par deux arrêts rendus quelques mois après, *Burlington Industries v. Ellerth* et *Faragher v. City of Boca Raton*. Dans ceux-ci, la Cour suprême US jugea qu'un employeur est responsable pour la discrimination opérée par un chef d'équipe ou un directeur, lorsque celui-ci est un de ses « représentants », et que la possibilité de pratiquer le harcèlement découle de l'autorité donnée à ce représentant par l'employeur. Cet aspect de l'arrêt *Ellerth* fut critiqué par le juge Thomas dans son opinion dissidente (répétée dans *Pennsylvania State Police v. Suders*), ainsi que par une partie de la doctrine (A. Scott, « Employers Beware ! The United States Supreme Court Opens the Floodgate on Employer Liability Under Title VII », 24 *Southern Illinois University Law Journal* (1999), p. 157) au motif qu'un double standard de responsabilité a ainsi été créé en matière de responsabilité de l'employeur (dans un cas de harcèlement racial la victime supporte une charge plus lourde en ce qu'elle doit prouver une *négligence* dans le chef de l'employeur ayant permis au supérieur de la victime de se livrer au harcèlement). Dans *Ellerth*, la Cour suprême US jugea également que l'employée peut attaquer son employeur même si elle n'a souffert d'aucune perte économique réelle en raison du harcèlement. Pour une application de la jurisprudence *Faragher/Ellerth*, voy. l'arrêt du 11^e Circuit de 2004 dans *Hulsey v. Pride Restaurant*. Un rappel des enseignements de *Ellerth* et *Faragher* fut fourni en 2004 dans *Pennsylvania State Police v. Suders*.

⁹⁶⁹ Celui-ci dispose que nul, aux Etats-Unis ne sera, en raison de son sexe, exclu de la participation à, refusé le bénéfice de, ou soumis à une discrimination dans, un programme ou une activité d'éducation recevant une assistance financière du gouvernement fédéral.

⁹⁷⁰ LaShonda D. était une élève d'une *elementary school* harcelée par l'un des autres élèves de sa classe. Selon la plainte, non contestée, ce dernier aurait harcelé LaShonda à plusieurs reprises sur une période s'étendant sur plus de six mois en tentant de toucher sa poitrine, en se collant à elle ou en faisant des commentaires vulgaires tels que « j'ai envie d'aller au lit avec toi » ou « je veux toucher tes nichons ». Tous les incidents de harcèlement sexuel furent rapportés aux instituteurs. La mère alléguait également qu'elle avait contacté le principal de l'école,

(*student-on-student* ou *peer sexual harassment*). Dans un jugement « 5-4 » plus traditionnel et opposant « libéraux » et « conservateurs », elle jugea que le *student-on-student sexual harassment* était sanctionnable, mais uniquement dans la mesure où le bénéficiaire des fonds fédéraux, l'école, se montre délibérément indifférent au harcèlement sexuel, dont il a connaissance, et pour autant que le harcèlement soit si grave (*severe*), « omniprésent » (*pervasive*) et objectivement offensant qu'il peut être considéré comme privant la victime d'un accès aux programmes ou activités éducatifs fournis par l'école⁹⁷². En revanche, précise la Cour suprême US, il n'est pas nécessaire de démontrer une privation « physique » d'accès aux facilités offertes par l'école⁹⁷³.

Elle apporte également une précision intéressante en ajoutant que la question de savoir si un comportement sexuellement orienté constitue un harcèlement dépend d'une constellation de circonstances entourantes, d'espérances et de relations, incluant, mais n'étant pas limitées à, l'âge du harceleur et de sa victime⁹⁷⁴ et le nombre de personnes impliquées. Est également intéressante l'affirmation selon laquelle la condition que la *discrimination* survienne « dans le cadre d'un programme ou d'une activité éducatifs » suggère que le comportement doit être suffisamment grave pour avoir un effet systémique de priver la victime d'un *accès égal* à un tel programme ou à une telle activité⁹⁷⁵.

Cet arrêt *Davis* ne supprime toutes les ambiguïtés de *Oncale*. Si l'on imagine que LaShonda était un jeune garçon et non une jeune fille, quelle aurait été, sur base du même raisonnement, la conclusion de la Cour suprême US ? Si l'on suit certains arguments avancés dans *Oncale* (quel que soit le moyen de preuve choisi par la victime, celle-ci doit toujours établir que le comportement en cause n'était pas

sans que celui-ci ne se montre décidé à prendre une mesure disciplinaire à l'encontre du harceleur. Les résultats scolaires de LaShonda chutèrent. Sur la jurisprudence antérieure des juridictions inférieures et les dissensions entre les différents *Circuits*, voy. S. Jean (p. 487).

⁹⁷¹ Elle avait déjà conclu à la possibilité d'engager une telle action lorsque le harcèlement sexuel est le fait d'un enseignant en 1992 dans *Franklin v. Gwynnett County*.

⁹⁷² Il semble que ces conditions sont diversement interprétées par les *Circuits* ; on ne peut guère s'en étonner dès lors que les critères fournis par la Cour suprême US reposent essentiellement sur des appréciations factuelles ; sur cette jurisprudence divergente au niveau des *Circuits*, voy. G. Rollini, « *Davis v. Monroe County Board of Education* : A Hollow Victory for Student Victims of Peer Sexual Harassment », 30 *Fla.St.U.L.Rev.*, (2003), p. 987.

⁹⁷³ La Cour suprême US cite comme exemple le plus évident le cas d'un élève mâle qui menacerait physiquement un condisciple tous les jours en l'empêchant d'avoir accès à un terrain d'entraînement ou à un laboratoire.

⁹⁷⁴ C'est notamment en se fondant sur l'âge des protagonistes que plusieurs tribunaux inférieurs refusèrent de qualifier des faits similaires de harcèlement « fondé sur le sexe ». Dans *Davis*, la Cour suprême US elle-même précise d'ailleurs qu'il convient de garder à l'esprit que les élèves peuvent parfois se comporter, dans des écoles, d'une manière qui serait inacceptable entre adultes sur des lieux de travail ; et elle cite notamment des insultes, des railleries, du badinage, des taquineries. De telles attitudes ou paroles, selon la Cour suprême US, dans le chef d'étudiants ne constituent pas du harcèlement sexuel, même lorsqu'elles ciblent des différences entre les genres.

⁹⁷⁵ Elle ajoute qu'une manifestation isolée d'un tel comportement pourrait, en théorie, être considérée comme ayant un tel effet systémique, mais qu'il est improbable que le Congrès ait envisagé cette hypothèse. Cette dernière affirmation peut paraître surprenante, car il pourrait au contraire être affirmé que le législateur du Titre IX n'avait pas du tout envisagé la possibilité de sanctionner le *peer sexual harassment*.

seulement teinté de connotations sexuelles offensantes, mais qu'il constituait réellement une discrimination en raison du sexe), on pourrait avancer qu'il ne serait pas nécessairement aisé de parvenir à la même solution que celle dégagée dans *Davis*.

b) L'arrêt *Gebser*.

L'arrêt *Gebser v. Lago Vista Independent School District*, rendu seulement trois mois après *Oncale*, renforce le sentiment mitigé que peut laisser au lecteur la jurisprudence de la Cour suprême US sur le harcèlement sexuel considéré une discrimination fondée sur le sexe. Alida Star Gebser était une élève du secondaire de l'école de Lago Vista. Elle s'inscrivit à un groupe de discussion littéraire dirigé par un enseignant de cette école, dont il n'était pas contesté qu'il formulait assez souvent des remarques suggestives à connotation sexuelle à ses étudiantes. Il semble qu'après l'arrivée de Alida Star, ses remarques furent plus particulièrement dirigées vers celle-ci. Un jour, il se rendit chez elle sous le prétexte de lui apporter un livre et ils eurent une relation sexuelle. Il est admis que leurs relations sexuelles se prolongèrent jusqu'à la fin de l'année scolaire, continuèrent pendant les vacances et reprirent l'année suivante jusqu'au jour où la police les découvrit en pleins ébats ! Il fut arrêté par la police, révoqué par l'école et il fut mis fin à son droit d'enseigner. C'est alors que Alida Star et sa mère entamèrent une action en dommages et intérêts contre l'école au titre du Titre IX.

La Cour suprême US, par un autre vote « 5-4 »⁹⁷⁶ considéra qu'une école ne peut être tenue pour responsable dans le cadre du Titre IX pour un harcèlement sexuel commis par un de ses enseignants, *dès lors* que Alida s'était abstenue de porter à la connaissance de l'école le harcèlement sexuel de l'enseignant et que celle-ci ne pouvait être accusée d'une indifférence délibérée à l'égard du comportement de cet enseignant. Cette conclusion, qui paraît tout à fait justifiée, a complètement ignoré une question préalable qui paraissait pourtant fondamentale : y a-t-il eu harcèlement sexuel ? Dès avant *Meritor Savings Bank*, il était acquis que le « harcèlement sexuel *quid pro quo* » constituait une discrimination fondée sur le sexe. Cet arrêt a étendu ce concept au « harcèlement sexuel – environnement hostile ». En l'espèce, il paraît incontestable qu'aucune de ces deux formes de harcèlement sexuel n'était présente. Il n'a de même pas été avancé que Alida se serait vue interdire ou restreindre l'utilisation d'une des ressources éducatives de l'école. Au contraire, elle a explicitement admis que si elle n'avait pas informé l'école de l'attitude de l'enseignant, c'est notamment parce qu'elle avait peur de ne plus l'avoir comme professeur.

Le comportement de cet enseignant à l'égard d'une élève mineure était certainement pénalement (et moralement) répréhensible. Il me paraît en revanche difficile de voir dans ce comportement, dont il n'a pas été affirmé qu'il était « non désiré » par Alida, un harcèlement sexuel qui constituerait une

⁹⁷⁶ C'est la juge O'Connor qui permit à la minorité dans *Davis* de constituer la majorité dans ce cas-ci.

discrimination fondée sur le sexe⁹⁷⁷ dans le cadre du Titre IX. Il me paraît donc que dans cette affaire, la Cour suprême US a, de manière regrettable, omis de préciser les contours de la notion de harcèlement sexuel⁹⁷⁸. La jurisprudence de la Cour suprême US sur la qualification du harcèlement sexuel comme *discrimination* fondée sur le sexe reste donc aujourd'hui, sur le plan juridique, peu convaincante, aucun de ces arrêts n'ayant pu établir de manière claire en quoi un harcèlement sexuel constitue nécessairement une discrimination.

II – L'origine nationale, une coquille vide ?

Cette expression, dans le Titre VII, fait référence au pays où une personne est née ou, plus généralement, au pays dont proviennent ces ancêtres, a affirmé la Cour suprême US dans *Espinoza v. Farah MFG Commission* en 1973. Il découle de cet arrêt que le Titre VII n'interdit pas les discriminations fondées sur la possession de la « citoyenneté » américaine. Cet arrêt, ambigu et dont l'application reste contestée au niveau des *Circuits*, repose sur une motivation pour le moins étonnante. M^{me} Espinoza est une citoyenne mexicaine, épouse d'un citoyen américain, et disposant d'un droit de séjour permanent aux Etats-Unis. Lorsqu'elle sollicita un emploi auprès de la succursale de l'entreprise défenderesse à San Antonio, cette demande fut rejetée en raison de sa nationalité mexicaine, la politique de l'entreprise étant de n'engager que des citoyens américains. Elle intenta une action en vertu du Titre VII pour discrimination fondée sur « l'origine nationale ». Ce recours fut rejeté par la Cour suprême US, avec une seule opinion dissidente (juge Douglas), au motif que le Titre VII n'interdit pas les discriminations fondées sur la citoyenneté.

Elle commence par constater que le Titre VII interdit certainement les discriminations fondées sur la *citoyenneté* dès lors qu'elles ont pour objet ou pour effet de discriminer sur base de l'origine nationale. Elle ajoute toutefois immédiatement qu'il est tout aussi clair qu'il n'existe aucun élément tendant à démontrer que la pratique de l'entreprise défenderesse a pour objet ou pour effet de discriminer, entre citoyens *américains*, les personnes d'origine nationale mexicaine ! Dans une *footnote*, elle précise à cet égard qu'il n'a pas été suggéré que cette entreprise aurait refusé d'engager des Mexicains alors qu'elle aurait recruté des étrangers d'une autre nationalité. Cette affirmation est

⁹⁷⁷ Selon la minorité, Alida aurait été à plusieurs reprises soumise à des « abus sexuels » de son enseignant, dont le comportement serait « intentionnel » ; ces abus seraient intervenus, parfois, durant les heures de cours (même si en réalité en dehors des bâtiments scolaires), et cet enseignant avait autorité sur Alida, autorité déléguée par l'école. Pour la minorité, ces éléments suffisent à qualifier le comportement de l'enseignant de harcèlement sexuel constituant une discrimination fondée sur le sexe, car il aurait abusé de la confiance de son élève. De manière révélatrice, la minorité ne dit mot sur la notion de *discrimination* ni même sur le concept de harcèlement sexuel, mais se borne à arguer ce comportement a engendré un préjudice répété à Alida.

⁹⁷⁸ *Comp. Chambers v. James Cook University* de la *Industrial Relations Court* australienne (1995) dans lequel ce tribunal avance (p. 24) que dès lors que la politique de l'université à l'encontre du harcèlement sexuel ne contient pas une prohibition des relations sexuelles *consentantes* entre enseignants et étudiantes, de telles relations ne peuvent être assimilées à un harcèlement sexuel susceptible de donner lieu au licenciement de l'enseignant.

déconcertante : elle consiste à prétendre que l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine nationale dans le Titre VII ne prohibe que les seules discriminations entre étrangers, mais pas celles entre citoyens américains et étrangers. Elle ne trouve à l'évidence aucun appui dans le libellé du Titre VII, lequel dispose qu'est illégale la pratique consistant à refuser d'engager un *individu* (et non un citoyen américain), notamment, en raison de son origine nationale.

Selon la Cour suprême US, la prémisse que la discrimination sur base de la citoyenneté équivaut toujours à une discrimination fondée sur l'origine nationale n'est pas exacte. En effet, déclare-t-elle dans une *footnote*, s'il est vrai qu'une personne née aux Etats-Unis acquiert automatiquement la citoyenneté américaine alors qu'une personne née à l'étranger doit passer par une procédure longue et complexe pour obtenir cette citoyenneté, ... la responsabilité n'en incombe pas à l'employeur, mais bien au Congrès au travers des lois qu'il adopte conformément à ses pouvoirs constitutionnels ! En outre, ajoute-t-elle, l'entreprise défenderesse n'a pas de politique différente selon que les candidats sont nés ou pas aux Etats-Unis, elle exige « seulement » qu'ils aient la citoyenneté américaine !

Il n'est pas aisé de comprendre la volonté réelle de la Cour suprême US lorsque l'on confronte la prémisse initiale de son raisonnement – une discrimination fondée sur la citoyenneté, ayant pour objet ou pour effet de discriminer en raison de l'origine nationale est interdite – et la conclusion qu'elle en tire, lorsqu'elle conclut que l'exigence de posséder la citoyenneté américaine n'est pas interdite. Cette confusion est renforcée par les remarques finales de l'arrêt dans lesquelles elle rappelle, d'abord, que les étrangers sont protégés contre les discriminations par le Titre VII, mais déclare, ensuite, que la question posée en l'espèce n'est pas de savoir « *si les étrangers sont protégés des discriminations illégales en vertu de l'Act, mais quels types de discriminations celui-ci rend illégales. Certainement, il serait illégal pour un employeur de discriminer à l'encontre des étrangers en raison de leur race, couleur, religion, sexe ou origine nationale, par exemple en recrutant des étrangers d'origine anglo-saxonne, mais en refusant d'engager ceux d'ascendance mexicaine ou hispanique. Les étrangers sont protégés des discriminations illégales en vertu de l'Act, mais rien dans l'Act ne rend illégal de discriminer sur base de la citoyenneté ou du fait d'être étranger (alienage)* » !! De telles affirmations qui tendent à établir que le Titre VII ne prohibe que les discriminations *entre* étrangers, et non *à l'encontre* des étrangers, semble enlever tout effet pratique à l'affirmation initiale qu'une discrimination fondée sur la *citoyenneté* est interdite si elle a pour objet ou pour effet de discriminer sur base de l'origine nationale⁹⁷⁹. En pratique, cela signifie qu'une Mexicaine peut invoquer la protection du Titre VII pour se plaindre d'une discrimination fondée sur le sexe, mais pas pour se

⁹⁷⁹ Il faut encore noter qu'elle précise, dans une dernière *footnote*, que la question de savoir si une telle discrimination est prohibée par « 1981 », laquelle établit le principe d'égalité devant la loi en matière de droit à conclure des contrats notamment – sur cette disposition, voy. texte sous note xx - n'a pas été étudiée par les cours inférieures et qu'il ne lui appartient dès lors pas d'y répondre !

plaindre d'une discrimination fondée sur son origine nationale, sauf si sa plainte est dirigée contre un autre étranger ayant une autre origine nationale.

La conclusion à laquelle la Cour suprême US arrive est « étrange », comme le souligne le juge Douglas, qui ne comprend pas comment pareille décision peut être réconciliée avec la jurisprudence très généreuse au titre du 14^e Amendement sur l'accès aux emplois publics (voir *supra*).

La Cour suprême US ne reviendra pas sur cette jurisprudence, mais en 1987 dans son opinion concordante dans *Al-Khazraji*, le juge Brennan soulignera que des « distinctions pernicieuses entre individus fondées exclusivement sur leurs origines ancestrales sont antithétiques de la doctrine d'égalité sur laquelle la Nation [américaine] est fondée »⁹⁸⁰.

III – Le handicap, une protection limitée

L'ADA est, depuis son entrée en vigueur, l'une des réglementations fédérales qui a donné lieu aux débats judiciaires, et doctrinaux, les plus intenses⁹⁸¹. Contrairement à ce qui est le cas en droit communautaire, cet *Act* ne s'applique pas aux entreprises de moins de vingt employés. Selon l'ADA, une discrimination doit survenir « en raison » du handicap. La détermination de ce qui relève ou non de ce concept est donc une étape importante du raisonnement tenu par les cours et tribunaux américains.

1) La notion de « handicap »⁹⁸²

L'arrêt *Raytheon v. Hernandez* de 2003 est à cet égard intéressant à mentionner. Dans cette affaire, le comportement du défendeur au travail pouvant laisser croire qu'il était sous l'influence de l'alcool ou de drogues, un test fut pratiqué sur lui. Celui-ci révéla qu'il était effectivement sous l'influence d'une consommation excessive de bières et de cocaïne. Conformément à la politique de l'entreprise requérante, il fut licencié. Trois ans plus tard, il sollicita à nouveau un emploi dans la même entreprise en joignant à sa demande une lettre du pasteur de sa paroisse attestant qu'il était un « membre actif et fidèle » de l'église et une autre, d'un conseiller des alcooliques anonymes, déclarant qu'il participait assidûment aux réunions de ceux-ci. Sa demande fut rejetée, au motif que l'entreprise ne réengageait

⁹⁸⁰ Certains *Circuits of Court of Appeals* semblent n'avoir retenu que la prémisse initiale du raisonnement de la Cour suprême US et avoir appliqué le Titre VII à des plaintes pour discrimination fondée sur l'origine nationale introduites par des étrangers, voy. l'arrêt *Egbuna* de 1996 du 4^e *Circuit*, ainsi que l'arrêt *Dawavendewa* de 1998 du 9^e *Circuit*, dans lequel la *Court of Appeal* juge également qu'un *Native American* peut prétendre être victime d'une discrimination fondée sur son « origine nationale ».

⁹⁸¹ N. Wolf, « Americans With Disabilities Act », 2000 *L. Rev. M.S.U.-D.C.L.* 543 ; J. Barth, « Disability Benefits and the ADA After *Cleveland v. Policy Management Systems* », 75 *Indiana Law Journal*, (2000), p. 1306 ; C. Jolls, « Andiscrimination and Accommodation », 115 *Harvard Law Review*, (2001), p. 643 ; « The Americans With Disabilities Act : A Ten-Year Retrospective », 52 *Alabama Law Review*, (2000), p. 1.

⁹⁸² Sur cette question, voy. S. Hoffman, « Corrective Justice And Title I of The ADA », 52 *American University Law Review*, (2003), p. 1213.

pas les personnes licenciées pour mauvaise conduite au travail. Le défendeur invoqua alors une discrimination fondée sur son handicap contraire à l'ADA. Dans la footnote (4) de l'arrêt, le juge Thomas, qui écrit pour la Cour unanime, indique que la *Court of Appeal* a considéré qu'il est possible qu'un utilisateur de drogues puisse être considéré comme « handicapé » au titre de l'ADA si son utilisation de drogues atteint un niveau de dépendance qui limite substantiellement une ou plusieurs de ses activités majeures (*major life activities*) ! Il constate en outre que dans la mesure où il n'est pas contesté entre les parties que le défendeur était « handicapé » lorsqu'il fut licencié, il n'incombe pas à la Cour suprême US de déterminer s'il pouvait effectivement invoquer le bénéfice de l'ADA. Sur renvoi, le 9^e *Circuit* confirma que l'intéressé souffrait bien d'un handicap et qu'il avait présenté suffisamment d'indices à partir desquels un « jury raisonnable » pourrait estimer que le refus de le réengager était fondé sur ce handicap et non sur la politique de l'entreprise de ne pas réengager du personnel licencié⁹⁸³.

De son côté, le 7^e *Circuit* de *Court of appeals* jugea en 2004 dans l'affaire *Branham v. Snow* que le fait d'être insulino-dépendant est pour une personne diabétique un « handicap » au sens de l'ADA et qu'elle ne peut donc, en raison de celui-ci, être discriminée dans l'accès à un emploi. En revanche, en 2003, le même *Circuit* jugea, dans *Tockes v. Air-Land Transp*, que l'utilisation, par l'employeur, des termes « handicapé » et « infirme » à l'égard de l'un des ses employés souffrant d'un handicap ne permet pas à ce dernier de se plaindre d'une discrimination au titre de l'ADA, alors que les insultes raciales sont un motif suffisant pour permettre une plainte au titre du Titre VII. Il est à noter que la Cour suprême US a refusé d'examiner l'affaire *Tockes*.

Pour qu'un « handicap » puisse néanmoins être considéré comme tel au titre de l'ADA, il faut encore qu'il ait pour effet de limiter substantiellement une ou plusieurs des activités majeures (*major life activities*) de l'intéressé. A cet égard, il semble que la Cour suprême US adopte une position assez souple. Ainsi, dans l'affaire *Bragdon v. Abbott*, concernant le refus d'un dentiste de plomber, dans son cabinet⁹⁸⁴, une dent d'une patiente ayant le virus HIV (sida), elle jugea que la capacité de reproduction et de porter un enfant invoquée par celle-ci constituait bien une activité majeure de la vie, et que donc elle pouvait valablement invoquer la protection de l'ADA contre son dentiste. La Cour suprême US ne semble donc pas exiger l'existence d'un lien direct entre travail ou le service auquel il est demandé

⁹⁸³ *Comp.* avec l'arrêt *Mardsen* de la Federal Court of Australia dans lequel celle-ci jugea que la dépendance à l'opium est couverte par la notion de « handicap » figurant dans le *Disability Discrimination Act* australien (voy. *infra*).

⁹⁸⁴ Il acceptait de pratiquer celui-ci dans un hôpital, pour les mêmes honoraires, mais la patiente devait alors supporter les frais d'hôpital.

accès (soins dentaires) et l'activité majeure (capacité de reproduction) dont il est soutenu qu'elle est sérieusement limitée par le handicap en cause (virus HIV)⁹⁸⁵.

2) La limite des « arrangements raisonnables »

Comme en droit communautaire, la question additionnelle intéressante que pose l'inclusion du handicap comme motif prohibé de discrimination découle de la précision que le strict respect du principe d'égalité de traitement peut obliger un employeur à devoir faire des « aménagements raisonnables » (*reasonable accomodations*) pour compenser le handicap mental ou physique d'un candidat à un emploi ou d'un employé possédant par ailleurs les qualifications requises, à moins que cet employeur ne puisse prouver que ces arrangements lui occasionneraient une « charge disproportionnée » (*undue hardship*) par rapport à la conduite de son entreprise⁹⁸⁶. La question de savoir ce qui constitue un *reasonable accomodation* est évidemment une question extrêmement délicate⁹⁸⁷. Deux arrêts rendus à moins d'un an d'intervalle par la Cour suprême US semblent pouvoir illustrer l'approche retenue globalement par celle-ci.

Dans l'affaire *US Airways v. Barnett* (2002), le requérant s'était occasionné une blessure au dos en manipulant des bagages pour le compte de son employeur. Il fut assigné à d'autres tâches, de courrier, exigeant moins d'efforts physiques. Par la suite, son employeur décida de soumettre son nouvel emploi à un système de préférence en fonction de l'ancienneté acquise au sein de l'entreprise et des employés plus anciens que lui postulèrent à cet emploi. US Airways rejeta sa requête de prendre les arrangements nécessaires liés à son handicap et de lui permettre de garder son poste, et il perdit son emploi. Ce refus de US Airways de ne pas effectuer d'aménagement raisonnable et de ne pas modifier son système basé sur l'ancienneté constituait-il une discrimination fondée sur le handicap ?

Dans un arrêt « 5-4 », mais en réalité « 7-2 »⁹⁸⁸, la Cour suprême US conclut que le fait qu'un employeur établit que l'aménagement raisonnable demandé est incompatible avec une règle d'ancienneté est, sur le plan juridique, suffisant pour démontrer que cet aménagement n'est pas raisonnable, l'employé demeurant toutefois libre de démontrer la présence de circonstances spéciales rendant raisonnable l'exception à la règle de l'ancienneté dans son cas particulier. Cet arrêt confirme

⁹⁸⁵ Le 3e Circuit s'appuya expressément sur cet arrêt en 2004 dans *Fiscus v. Wal-Mart* pour juger qu'une employée atteinte d'une maladie des reins et licenciée suite à son absence prolongée due à une transplantation d'un rein pouvait valablement invoquer la protection de l'ADA, car le nettoyage et l'élimination de déchets dans le sang constitue une activité majeure de la vie.

⁹⁸⁶ 42 U.S.C. 12112, (a) (5). L'article 5 de la directive 2000/78 impose une charge similaire à l'employeur européen (voy. *supra*).

⁹⁸⁷ L'ADA donne notamment comme exemples la modification des horaires, le passage à un travail à temps partiel, le déplacement sur un poste vacant, l'acquisition ou la modification d'une machine, les modifications nécessaires d'examen, de matériels de formation, ... , 42 U.S.C. 12111 (9) (B).

l'interprétation très restrictive de l'ADA par la Cour suprême US. Elle s'écarte en outre de la pratique majoritaire des tribunaux inférieurs. Ceux-ci avaient essayé de réconcilier, sur le plan pratique, les expressions « *reasonable accomodations* » et « *undue hardship* », en jugeant qu'un employé doit seulement établir qu'un aménagement est, à première vue, raisonnable et qu'il appartient alors à l'employeur de démontrer l'existence de circonstances particulières ou le caractère disproportionné de l'aménagement demandé dans le cas en cause⁹⁸⁹. La Cour suprême US renverse complètement cette charge de la preuve, renversement qui aboutit à faire perdre beaucoup de son effet utile à cette exigence supplémentaire de « *reasonable accomodation* ».

De manière intéressante, la majorité appuie son raisonnement notamment sur un arrêt rendu en 1977 dans le contexte du Titre VII, *Trans World Airlines v. Hardison*. Dans cette affaire, le requérant travaillait dans un département de maintenance opérant jour et nuit toute l'année. Un système fondé sur l'ancienneté prévoyait que les employés les plus anciens pouvaient, en priorité, choisir les pauses durant lesquels ils souhaitaient travailler. Ayant adhéré à la *Worldwide Church of God* un an après avoir commencé son emploi auprès de TWA, le requérant demanda à ne pas travailler le samedi. Au début, TWA accéda à cette demande dans la mesure où il avait suffisamment d'ancienneté. Toutefois, ayant changé de poste, il n'eut plus l'ancienneté suffisante pour pouvoir être dispensé de travailler le samedi. TWA refusa d'abord de lui permettre de ne travailler que quatre jours par semaines, au motif que cela causerait des problèmes cruciaux dans le domaine d'activité en cause, puis le licencia au motif qu'il refusait de travailler le samedi. Dans son arrêt, la Cour suprême US jugea que le système d'ancienneté constituait déjà un aménagement significatif pour prendre en compte les besoins, religieux ou séculiers, des employés, de sorte que TWA n'était astreinte à aucune obligation de prendre d'autres « aménagements raisonnables ». Dans *Barnett*, elle considère que cet arrêt conforte sa conclusion quant à l'importance du système fondé sur l'ancienneté dans les relations de travail.

Cette affirmation est trompeuse, mais en même temps révélatrice des réserves de la Cour suprême US, dans sa composition actuelle, quant à la portée de l'ADA. Comme le relèvent les juges Souter et Ginsburg dans leur opinion dissidente, le Titre VII⁹⁹⁰ prévoit explicitement que, pour autant qu'elle ne repose pas sur une intention discriminatoire, l'application d'un système fondé sur l'ancienneté permet à un employeur de ne pas être obligé de prendre des mesures d'aménagement raisonnable pour éviter

⁹⁸⁸ Les juges Scalia et Thomas ont formulé une opinion dissidente dans la mesure où ils souhaitaient l'adoption d'une position encore plus stricte que celle retenue par la majorité, et reprochaient à celle-ci de soumettre toutes les réglementations et pratiques des employeurs à l'exigence de « *reasonable accomodations* ».

⁹⁸⁹ Il n'en demeure pas moins que selon une étude, 93% des procédures entamées par des personnes handicapées pour discrimination dans le domaine de l'emploi ont échoué à faire reconnaître l'existence d'une telle discrimination, voy. R. Schneller Ziegler, « Safe, but Not Sound : Limiting Safe Harbor Immunity for Health and Disability Insurers and Self-Insured Employers Under the Americans with Disabilities Act », *101 Michigan Law Review*, (2002), pp. 840 et 842.

⁹⁹⁰ §2000e-2(h). L'ADEA contient une disposition similaire.

de créer une discrimination fondée sur la religion. En revanche, un système unilatéral fondé sur l'ancienneté ne jouit d'aucune protection spéciale dans l'ADA, de sorte qu'un employeur devrait y être soumis à l'obligation de prouver qu'il a proposé au travailleur un aménagement réellement « raisonnable »⁹⁹¹. L'appui qu'estime pouvoir trouver la majorité dans l'arrêt *Hardison* n'est donc pas pertinent, compte tenu de la spécificité du concept de discrimination fondée sur le handicap de l'ADA, lequel fait, précisément, intervenir cette prise en compte obligatoire de « l'aménagement nécessaire » dans tous les cas.

A l'inverse, l'arrêt *PGA Tour v. Martin* de 2001 illustre l'interprétation positive que la Cour suprême US est prête à faire de l'exigence, pesant en l'occurrence sur un organisateur d'une compétition sportive, de faire les aménagements raisonnables nécessaires pour éviter une discrimination. Casey Martin est un golfeur de talent atteint d'un handicap sévère⁹⁹² ayant atrophié sa jambe droite. Cette dégénérescence étant progressive, il lui est devenu de plus en plus difficile d'effectuer à pieds un 18 trous sur un parcours de golf. Lorsqu'il était amateur, une dérogation pour pouvoir utiliser une voiturette électrique lui fut accordée. Cette dérogation ne fut pas maintenue par l'association professionnelle de golf (PGA) lorsqu'il devint professionnel, au motif que la marche le long des 18 trous d'un parcours constitue une règle substantielle de la compétition, et qu'une dérogation à cette règle altérerait fondamentalement la nature de la compétition⁹⁹³. Par un arrêt « 7-2 », la Cour suprême US donne gain de cause à Casey Martin en affirmant qu'autoriser celui-ci à utiliser une voiturette constitue un aménagement qui n'altère pas fondamentalement la nature des compétitions.

Il n'est pas interdit de penser que cette approche extensive de l'ADA est peut-être due au fait qu'elle n'impose aucune charge supplémentaire à un *employeur*, mais seulement aux organisateurs de compétitions sportives. Cette extension fut néanmoins critiquée en doctrine au motif que la Cour suprême US s'appuie sur une définition « torturée »⁹⁹⁴ de la notion de « consommateur »⁹⁹⁵ incluse

⁹⁹¹ Dans le droit communautaire, la directive 2000/78 ne prévoit en toute hypothèse l'obligation d'aménagement raisonnable que lorsque la discrimination est fondée sur le handicap, mais non, par exemple, sur la religion.

⁹⁹² Le syndrome de Kiippel-Trenaunay-Weber qui rend difficile la circulation sanguine de sa jambe droite vers son cœur.

⁹⁹³ La PGA s'appuyait notamment sur les déclarations d'anciennes gloires du golf selon lesquelles la fatigue constitue un élément important dans un tournoi et qu'autoriser l'utilisation d'une voiturette électrique pourrait donner un avantage compétitif à ses bénéficiaires.

⁹⁹⁴ « The Supreme Court – Leading Cases », 115 *Harvard Law Review*, (2001), pp. 306 et 488. Pour un commentaire général de cet arrêt, voy., entre autres, C.A. O'neill, « Caught in the Rough of the PGA Tour and USGA Rules : Casey Martin and Fred Olinger's Fight for the Use of a Golf Cart under the American with Disabilities Act », 29 *Hofstra Law Review*, (2001), p. 1401 et M. Waterstone, « Let's be Reasonable Here : Why the ADA Will Not Ruin Professional Sports », *BYU Law Review*, (2000), p. 1489.

⁹⁹⁵ Le Titre III de l'ADA ne protège que les clients ou consommateurs de commodités publiques. La Cour suprême estime que C. Martin est un consommateur vis-à-vis de la PGA dans la mesure où il paie une redevance pour avoir le droit de concourir dans les tournois qu'elle organise et qu'il doit dès lors être protégé au même titre que les « spectateurs-clients » qui paient leur ticket d'entrée. *Comp.* l'arrêt *Delìège* de la Cour de justice dans

dans l'ADA. Mais comme l'ajoute la même doctrine, le raisonnement utilisé permet à la Cour suprême de rendre un arrêt spécifique qui n'est pas susceptible d'être lui-même étendu, notamment aux employeurs.

§ 2 - La protection complexe contre les discriminations

Le Titre VII ne définit pas la notion de discrimination. C'est à partir du libellé des Sections 703(a), (1) et (2), que la Cour suprême US va élaborer sa doctrine de la discrimination indirecte.

La Section 703(a) (1) interdit à un employeur de refuser l'accès à l'emploi, ou de licencier ou de discriminer d'une autre manière, en raison de la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale. La section 703(a) (2) ne contient pas le mot *discrimination*. Elle interdit à l'employeur de limiter, ségréguer ou classer ses employés ou candidats à l'emploi d'une manière qui priverait ou aboutirait à priver tout individu d'une possibilité d'emploi ou qui affecterait de manière défavorable son statut comme employé, en raison de sa race, sa couleur, sa religion, son sexe ou son origine nationale.

C'est en tenant compte de ces libellés différents que la Cour suprême US va élaborer trois concepts distincts de discrimination, destinés à couvrir trois situations différentes : le *individual disparate treatment* (ci-après IDT), le *systemic disparate treatment* (ci-après SDT) et le *systemic disparate impact* (ci-après SDI). Les deux premières sont liées à l'application de la Section 703 (a) (1), la dernière concerne exclusivement la Section 703(a) (2)⁹⁹⁶. Les deux premières sont généralement considérées par la doctrine comme relevant de la notion de discrimination *directe*, alors que la troisième constituerait l'équivalent de la notion de discrimination *indirecte* du droit communautaire⁹⁹⁷. Cette appréciation est peut-être hâtive. La jurisprudence de la Cour suprême US montre en tout cas que la distinction entre IDT-SDT et SDI ne correspond pas exactement à la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte existant en droit communautaire⁹⁹⁸.

lequel celle-ci qualifie de « prestataire » un sportif professionnel participant à une compétition, mais semble également admettre que ce sportif pourrait être « destinataire » d'un service fourni par l'organisateur de la compétition, voy. point 57 : « l'organisateur d'une telle compétition offre à l'athlète la possibilité d'exercer son activité sportive en se mesurant à d'autres compétiteurs ».

⁹⁹⁶ Une action pour *disparate treatment* peut également être basée sur la Section 703(a)(2), mais elle doit alors répondre aux conditions fixées par la Cour suprême US pour l'application de cette disposition.

⁹⁹⁷ Voy. L. Roseberry, p. 83 et suivantes ; M. Selmi, « Indirect Discrimination : a Perspective From the United States » in *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, p. 213.

⁹⁹⁸ En réalité, ce qui distingue fondamentalement la « discrimination - *disparate treatment* » de la « discrimination - *disparate impact* », c'est la présence requise, dans le cas de la première, d'une preuve de l'intention discriminatoire ; voir ci-après. Or, cet élément de l'intention discriminatoire est dénué de toute pertinence pour distinguer entre discrimination *directe* et discrimination *indirecte* dans le droit communautaire. Seul l'avocat général Alber, dans ses conclusions dans l'aff. C-263/99, *Commission c. Italie* (point 34), semble avoir évoqué cette condition « d'intention discriminatoire spécifique », pour permettre de déterminer si une réglementation est indistinctement applicable ou non.

I – L'arrêt *McDonnell Douglas*, le individual disparate treatment

C'est dans l'arrêt *McDonnell Douglas v. Green*, de 1973, que la Cour suprême US a élaboré sa doctrine concernant le IDT. Le défendeur, un activiste afro-américain des droits civils, travaillait pour la compagnie d'aviation McDonnell Douglas. Il fut licencié dans le cadre d'un plan de réduction du personnel. Il protesta vigoureusement⁹⁹⁹ contre son licenciement en arguant que celui-ci, comme d'ailleurs la politique générale d'emploi de McDonnell, était fondé sur la race. Près d'un an après son licenciement, son employeur fit paraître des offres d'emploi correspondant à ses qualifications. Il posa sa candidature, laquelle fut rejetée en raison des actions menées après son licenciement. Il déposa alors une plainte auprès de l'*Equal Employment Opportunity Commission*, arguant que le refus de McDonnell de le réengager était fondé sur sa race et son engagement en faveur des droits civils des minorités.

Dans un arrêt rendu à l'unanimité, la Cour suprême US exposa le raisonnement connu par la suite comme le *McDonnell Douglas prima facie case*.

Elle commence par déclarer (p. 802) que dans une action individuelle basée sur le Titre VII, le plaignant a la charge d'établir une présomption de discrimination (*prima facie case*). Il peut satisfaire à cette obligation en montrant (i) qu'il appartient à une minorité ethnique ; (ii) qu'il a posé sa candidature à l'emploi et qu'il avait les qualifications requises pour cet emploi ; (iii) que bien que possédant les qualifications requises, sa candidature a été rejetée et (iv) que par la suite l'employeur a continué à rechercher des candidats possédant les mêmes qualifications. La Cour suprême US constate qu'en l'espèce le plaignant avait satisfait à ces conditions, mais que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de se défendre en rapportant la preuve que le refus de réengagement était fondé non sur sa race, mais sur le caractère illégal des actions, notamment de « lock-in », menées après son licenciement. Elle ajoute toutefois que si l'employeur était en mesure de rapporter cette preuve, le plaignant devrait à son tour se voir offrir une chance équitable de démontrer que le motif invoqué n'était qu'un prétexte pour cacher une décision discriminatoire fondée sur la race, par exemple en rapportant la preuve que des employés blancs engagés dans les mêmes activités illégales ne furent pas licenciés ou furent réengagés par l'employeur. Elle ajoute qu'une preuve pourrait également être rapportée en démontrant que l'employeur avait discriminé le plaignant lorsqu'il était encore employé ou qu'il suivait une politique généralement discriminatoire à l'encontre des employés appartenant à une minorité ethnique.

Le succès d'une action individuelle basée sur l'existence d'une discrimination, raciale, sexuelle,..., dépend donc du rapport de la preuve d'une *intention discriminatoire*. En ce sens, il est difficile

⁹⁹⁹ Notamment par des actions de « lock-in ».

d'assimiler l'IDT à la discrimination *directe* du droit communautaire. Au contraire, le raisonnement élaboré par la Cour suprême US (établissement d'une présomption de discrimination et répartition de la charge de la preuve) pourrait inviter à la comparer à la notion de discrimination *indirecte* dans le domaine de l'égalité hommes-femmes¹⁰⁰⁰.

Le fait que l'IDT ne puisse être considéré comme le pendant américain de la discrimination directe paraît conforté par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême US, selon laquelle le *McDonnell Douglas prima facie case* n'est pas applicable lorsque le plaignant est en mesure de produire une preuve *directe* de la discrimination¹⁰⁰¹. Comme la Cour suprême US l'a elle-même affirmé, l'objectif du test *McDonnell Douglas* est de remédier au fait que le rapport d'une preuve directe d'une discrimination est souvent très difficile¹⁰⁰².

Mais la preuve dans le cadre du test établi par l'arrêt *McDonnell Douglas* peut elle-même s'avérer très délicate à rapporter. L'arrêt *Texas Dept of Community Affairs v. Burdine*, de 1980, ne l'a pas rendue plus facile. Dans cette affaire, la plaignante arguait que son licenciement était dû à une discrimination fondée sur le sexe. Interprétant son arrêt *McDonnell*, la Cour suprême US considéra que lorsqu'une présomption de discrimination a été rapportée par un plaignant, un employeur doit seulement supporter la charge d'expliquer de manière claire les raisons non discriminatoires de la mesure prise. Il ne doit pas persuader le tribunal saisi que celle-ci a bien été motivée par les raisons avancées. Il ne peut être tenu de rapporter par une prépondérance de preuves le caractère non intentionnellement discriminatoire de cette mesure. De même, il ne peut être tenu de rapporter par une preuve objective que la personne engagée était *plus* qualifiée que la personne licenciée.

La tâche du plaignant a encore été compliquée par les précisions apportées en 1993 dans l'affaire *St Mary's Honor Center v. Hicks*. Dans cette affaire, le plaignant arguait que son licenciement était motivé par une discrimination fondée sur sa race. Appliquant l'arrêt *McDonnell Douglas*, les juridictions inférieures avaient constaté que le plaignant avait bien établi une présomption de discrimination et que l'employeur avait correctement avancé deux raisons légitimes, et non discriminatoires¹⁰⁰³, pour expliquer ce licenciement. Mais la cour d'appel avait néanmoins rejeté celles-ci dans la mesure où le plaignant avait établi que ces raisons ne constituaient que de simples

¹⁰⁰⁰ Même s'il est vrai, et la différence est importante, que l'intention discriminatoire ne joue pas de rôle non plus dans un tel cas.

¹⁰⁰¹ *Swierkiewicz v. Sorema* (en ce qui concerne le Titre VII). Cette jurisprudence fut inaugurée en 1985 dans l'arrêt *TWA v. Thurston* concernant l'ADEA, dans lequel la politique discriminatoire de la compagnie TWA était ostensiblement fondée sur l'âge.

¹⁰⁰² Opinion de la juge O'Connor dans *Price Waterhouse v. Hopkins* (p. 271).

¹⁰⁰³ La gravité et l'accumulation des violations des règles internes de l'entreprise.

prétextes¹⁰⁰⁴ pour procéder au licenciement. Dans un arrêt « 5-4 », la Cour suprême US renverse ce jugement en déclarant que, même s'il prouve que les raisons avancées par son employeur pour le licencier ne constituent que des prétextes, le plaignant doit, en plus, prouver que ce licenciement a *effectivement* été motivée par une intention raciale discriminatoire¹⁰⁰⁵.

Sept années plus tard, dans *Reeves v. Sanderson*, la Cour suprême US semble être quelque peu revenue sur *Hicks*, en tout cas dans le contexte de l'ADEA (discrimination fondée sur l'âge). Dans cet arrêt, rendu à l'unanimité, elle renverse un arrêt d'une cour d'appel en lui reprochant de ne pas avoir interprété correctement *Hicks*. Elle déclare que, si dans *Hicks* elle a jugé qu'il ne suffit pas d'établir que les raisons invoquées pour un licenciement ne sont que de simples prétextes, cela ne signifie pas que le tribunal saisi ne peut pas déduire la discrimination intentionnelle prohibée de la « fausseté » (*falsity*) des explications fournies par l'employeur ! Ce raisonnement ne paraît guère trouver cependant de fondement dans la formulation de *Hicks*¹⁰⁰⁶.

En 2003, la Cour suprême US se prononça pour la première fois, dans l'arrêt *Desert Palace v. Costa*, sur la version du Titre VII résultant de modifications apportées en 1991. Dans cette affaire, l'intéressée arguait que son licenciement était motivé par des considérations liées à son sexe. La Cour suprême US, s'appuyant sur la nouvelle version du Titre VII, affirme que, dans un cas où l'employeur prétend que d'autres raisons ont motivé le licenciement, l'intéressé n'a pas à rapporter la *preuve directe* que c'est bien le sexe qui a été le facteur l'ayant motivé. Dans le Titre VII, le terme « démontrer » est défini comme *satisfaisant à la charge de production et de persuasion*. Si le Congrès avait voulu que seule la production d'une preuve directe de l'utilisation du sexe comme facteur ayant motivé un licenciement soit persuasive, il l'aurait indiqué expressément¹⁰⁰⁷. En outre, s'appuyant sur *Reeves*, elle ajoute qu'elle a déjà admis que le rapport par le plaignant de la preuve que l'explication donnée par l'employeur est indigne de foi (« *unworthy of credence* ») constitue une forme de *preuve circonstancielle* qui permet de prouver l'intention discriminatoire. Il semble donc qu'aujourd'hui,

¹⁰⁰⁴ Le plaignant avait notamment établi que les mêmes violations, commises par d'autres employés, n'avaient pas été sanctionnées ou l'avaient été de manière beaucoup plus légère.

¹⁰⁰⁵ Ecrivant pour la minorité, le juge Souter déclare (p. 528) que cet arrêt renverse l'équilibre instauré par *McDonnell Douglas*, mais aussi par *Burdine*, en vertu desquels la preuve d'un *prima facie case* induit non seulement une présomption de discrimination, mais également, en l'absence de preuve contraire par l'employeur, une présomption obligatoire en faveur du plaignant ; une fois établie la présomption de discrimination, le défendeur doit, soit renverser cette présomption, soit perdre ! Cet arrêt fut critiqué en doctrine et parfois présenté comme un « cas extrême d'activisme judiciaire conservateur », B. Malamud, « The Last Minuet : Disparate Treatment After Hicks », 93 *Mich. L. Rev.*, (1995), pp. 2229, 2235, cité in L. Roseberry, p. 86.

¹⁰⁰⁶ Sur les incertitudes engendrées par l'arrêt *Hicks* ainsi que sur l'arrêt *Reeves*, voy. L.R. Reinsmith, « Proving an Employer's Intent : Disparate Treatment Discrimination and the Stray Remarks Doctrine After *Reeves v. Sanderson Plumbing Products* », 55 *Vanderbilt Law Review*, (2002), p. 220.

¹⁰⁰⁷ En l'espèce, l'intéressée avait notamment prouvé dans le procès devant la *District Court* que (1) elle avait reçu des sanctions disciplinaires plus sévères que les hommes travaillant dans la même équipe pour les mêmes comportements; (2) elle était traitée de manière moins favorable dans la distribution des heures supplémentaires à prester et (3) ses supérieurs usaient ou toléraient des insultes à connotation sexuelle à son encontre.

compte tenu du nouveau libellé du Titre VII, la Cour suprême US ait renversé sa jurisprudence *Hicks* et en soit revenue, en cas de mesure, de licenciement par exemple, fondée sur plusieurs motifs (« *mixed-motive* ») à une approche plus favorable au plaignant¹⁰⁰⁸. Sa portée précise sur la manière d'appliquer le test *McDonnell Douglas* reste toutefois encore incertaine¹⁰⁰⁹

II – L'arrêt *Teamsters*, le *systemic disparate treatment*

Le SDT, qui repose également sur le rapport de la preuve d'une intention discriminatoire, peut être considéré comme une variante de l'IDT, mais dans laquelle le constat d'une discrimination ne résulte pas d'une plainte individuelle, mais d'une plainte collective de membres du groupe discriminé (*class action*). Souvent également, ces actions sont entamées par l'Etat fédéral, seul ou aux côtés des victimes de la discrimination.

C'est en 1977, dans *Teamsters v. United States*, que la Cour suprême US a défini les règles régissant les conditions pour établir une discrimination due à un *systemic disparate treatment*. Dans cette affaire, l'élément central de l'action introduite par le gouvernement américain concernait la pratique discriminatoire de l'entreprise en cause dans le recrutement d'Afro-américains ou de personnes ayant un nom à consonance hispanique : rémunération plus faible, emplois moins attrayants, discrimination en matière de promotion,

Le raisonnement de la Cour suprême US fut globalement similaire à celui tenu dans *McDonnell Douglas*, auquel elle renvoie d'ailleurs : comme plaignant, le gouvernement supporte la charge de rapporter la preuve d'une discrimination apparente. En l'espèce, celui-ci put établir que parmi les 6472 employés de l'entreprise attaquée, seuls 314 (5%) étaient Afro-américains et 257 (4%) avaient un nom à consonance hispanique. Parmi les 1828 chauffeurs, seuls 8 (0,4%) étaient Afro-américains et 5 (0,3%) portaient un nom à consonance hispanique. Mis à part un cas isolé, la compagnie n'avait jamais employé de chauffeurs afro-américains de manière régulière, de sorte que même dans des quartiers habités très majoritairement par des Afro-américains ou des membres de la minorité hispanophone, les chauffeurs étaient tous des Blancs. 83% des Afro-américains et 78% des Américains portant un nom à consonance hispanique qui travaillaient pour l'entreprise attaquée occupaient les postes les moins bien rémunérés, alors que ceux-ci n'étaient occupés que par 39% des employés n'appartenant pas à une minorité (les Blancs). Le gouvernement avait en outre complété ces preuves statistiques par le témoignage individuel de 40 employés.

¹⁰⁰⁸ Sur cet arrêt, voy. K.R. Davis, « Price-Fixing : Refining the Price Waterhouse Standard and Individual Disparate Treatment Law », 31 *Florida State University Law Review*, (2004), p. 859.

¹⁰⁰⁹ W. Corbett, « An Allegory of the Cave and the Desert Palace », 41 *Houston Law Review*, (2005), pp. 1549 et 1550.

L'entreprise défenderesse ayant argué que des statistiques ne peuvent jamais par elles-mêmes être suffisantes pour établir une discrimination apparente (*prima facie case*), la Cour suprême US déclare (pp. 339-340) que des analyses statistiques jouent un rôle important dans tous les cas où l'existence d'une discrimination est contestée. Elle ajoute qu'elle a toujours approuvé la preuve par statistiques, lorsqu'elle atteint des proportions comparables à celle du cas d'espèce, pour établir un cas de discrimination apparente dans le domaine de la sélection de jurys, et affirme qu'une telle approbation vaut également pour la discrimination dans l'emploi¹⁰¹⁰. Elle atténue cette remarque générale par la seule précision que les statistiques sont, comme tout autre moyen de preuve, soumis à réfutation, de sorte que leur utilité dépend des circonstances factuelles entourant le cas en cause.

Le raisonnement de la Cour suprême US apporte toutefois une nuance par rapport à celui tenu dans *McDonnell Douglas*

L'entreprise défenderesse arguait également que, dès lors que le gouvernement n'avait introduit une action que pour quarante employés, la charge de la preuve incombant au gouvernement était équivalente à celle d'un plaignant individuel en vertu du « *McDonnell Douglas test* », c'est-à-dire qu'une réparation de la discrimination éventuellement constatée ne pouvait intervenir que pour ces quarante employés. La Cour suprême US rejette cet argument (pp. 360-368) : dans la charge qui lui incombe d'établir une discrimination apparente, le gouvernement ne doit pas apporter la preuve que chaque personne en faveur de laquelle il cherche à obtenir réparation a été la victime de la pratique discriminatoire de l'employeur. Sa tâche, à ce stade, est de démontrer l'existence de cette pratique. Si l'employeur ne parvient pas à renverser cette présomption de discrimination, le gouvernement doit seulement montrer qu'une prétendue victime individuelle de la discrimination a postulé, sans succès, pour un emploi et a de ce fait été une victime potentielle de la discrimination.

Mais la Cour suprême US va encore plus loin. S'agissant en effet d'une *politique* discriminatoire, qu'en est-il des victimes potentielles de cette politique qui n'ont pas postulé à un emploi dans l'entreprise ? Sur ce point, la Cour suprême US se montre résolument audacieuse : si un employeur devait annoncer sa politique discriminatoire par un écriteau « Blancs seulement » sur la porte du bureau de recrutement, les victimes ne seraient pas seulement celles qui passent outre et se soumettent

¹⁰¹⁰ Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour suprême US aura l'occasion d'affiner son point de vue sur l'utilisation de la preuve par statistiques ; voir *Johnson v. Transportation Agency* dans lequel elle récapitule (p. 632) sa jurisprudence sur les groupes à comparer selon qu'il s'agit d'emplois ne requérant aucune qualification particulière, comme c'était notamment le cas dans *Teamsters* (comparaison du pourcentage de membres d'une minorité ou de femmes parmi les employés de l'entreprise défenderesse et du pourcentage de ces groupes dans le marché du travail local ou dans la population générale locale), de programmes de formation destinés à fournir une telle qualification particulière (la comparaison entre la proportion d'Afro-américains travaillant sur le site de l'entreprise et la proportion d'Afro-américains sur le marché de l'emploi local est appropriée pour déterminer le déséquilibre dans l'admission préférentielle à un programme de formation) ou d'emplois requérant une telle

elles-mêmes à des refus individuels. Lorsque le souhait d'un individu pour un emploi ne se formalise pas dans une demande concrète uniquement en raison de sa répugnance à ne pas s'engager dans une démarche qu'il sait vaine, il est tout autant une victime de la politique discriminatoire de l'entreprise que celui qui a fait une telle démarche. Dès lors, estime la Cour suprême US, refuser le bénéfice du Titre VII aux plaignants qui n'ont pas effectué cette démarche individuelle pourrait aboutir à exclure de la protection offerte par la législation les victimes des discriminations les plus viles.

Se pose bien entendu à l'égard de cette catégorie de victimes la question de la preuve : le bénéfice du Titre VII reste pour eux aussi subordonné au rapport de la preuve qu'ils ont été les victimes potentielles de la discrimination illégale, et la Cour suprême US reconnaît que cette preuve peut s'avérer très difficile à établir.

Le raisonnement de la Cour suprême US, s'il peut paraître audacieux, reste néanmoins assez logique. Dès lors que le *systemic disparate treatment* vise précisément à condamner les discriminations affectant une catégorie entière de personnes, il paraît normal de permettre à tous les membres de cette catégorie de se prévaloir de l'interdiction de discrimination constatée à propos de certains membres seulement de la catégorie en cause.

III – L'arrêt *Griggs v. Duke Power*, le *systemic disparate treatment*

Comme ce fut le cas en droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, avec l'arrêt *Sotgiu*, l'interdiction des discriminations indirectes est également apparue très vite dans la jurisprudence de la Cour suprême US dans l'interprétation du Titre VII, puisque ce fut dans son premier arrêt interprétant ce texte, en 1971, dans l'affaire *Griggs v. Duke Power*. Comme c'était également le cas en droit communautaire, la Cour suprême US était confrontée à l'absence de définition de la notion de « discrimination », mais, comme le constata également la Cour de justice à propos de l'article 39 CE, ne pas étendre la prohibition des discriminations aux mesures d'apparence neutre, mais affectant en réalité plus spécifiquement un groupe particulier, aurait considérablement amoindri l'effet utile et l'objectif du Titre VII.

En revanche, la Cour suprême US a, contrairement à la Cour de justice dans *Sotgiu*, établi entre la discrimination *directe* et la discrimination *indirecte* une distinction cruciale : le constat d'une discrimination *indirecte* ne requiert pas le rapport de la preuve d'une *intention discriminatoire*, mais seulement de l'impact disproportionné de la mesure contestée sur un groupe protégé en tant que tel (minorité ethnique ou sexuelle).

formation spéciale (dans un tel cas, la comparaison doit se faire avec ceux qui, sur le marché de travail local, possède une telle formation).

Dès 1955, Duke Power institua une politique de recrutement fondée sur l'exigence de la détention d'un diplôme d'études secondaires pour tous ses services, sauf le département « Travail ». Quand elle abandonna, en 1965, sa politique de cantonner les employés afro-américains au département « Travail », la même exigence de diplôme fut étendue pour le transfert de ce département vers tous les autres départements. Le jour d'entrée en vigueur du Titre VII, soit le 2 juillet 1965, Duke Power ajouta une nouvelle exigence pour ses nouveaux employés, à savoir la réussite satisfaisante de deux tests d'aptitude professionnelle. La seule détention d'un diplôme d'études secondaires continua à rendre les employés éligibles à un transfert vers les quatre départements dont les Afro-américains étaient exclus, si l'intéressé était déjà employé avant le 2 juillet 1965. Les deux tests n'avaient pas pour objectif de mesurer l'aptitude à apprendre ou exécuter un emploi ou une catégorie d'emplois particuliers. Il est toutefois établi qu'ils avaient pour effet de recaler approximativement la moitié des détenteurs d'un diplôme d'études secondaires. La *Court of Appeal* avait estimé qu'il n'existait pas de preuve que les tests étaient le résultat d'une intention discriminatoire dans le chef de l'employeur, et avait par conséquent conclu à l'absence de violation du Titre VII.

Dans un arrêt court et rendu à l'unanimité, la Cour suprême US renverse ce jugement. Elle constate tout d'abord que l'objectif du Titre VII découle clairement de son libellé : il vise à réaliser l'égalité des chances en matière d'emploi et à supprimer les obstacles qui ont opéré par le passé pour favoriser les employés blancs par rapport aux autres employés. Elle en conclut dès lors (p. 430) que des pratiques, des procédures ou des tests qui, bien que d'apparence neutre ou même qui se révèlent neutres en termes d'intention poursuivie, ne peuvent être maintenus s'ils ont pour effet de « geler » le statu quo discriminatoire.

Se tournant vers les faits de l'espèce, la Cour suprême US applique cette conclusion de la manière suivante. Il n'était pas contesté que les Blancs réussissaient mieux les tests d'aptitude que les Afro-américains, mais elle précise qu'un tel constat semble pouvoir être relié à la race. Les Afro-américains ayant pendant très longtemps reçu une éducation d'un niveau inférieur dans des écoles ségréguées, les tests de connaissance imposés par Duke Power restreignent le droit d'accès à un emploi indirectement sur base de la race¹⁰¹¹. L'intention du Congrès en adoptant le Titre VII était la suppression des obstacles artificiels, arbitraires et non nécessaires à l'emploi quand ces obstacles opèrent de manière odieuse pour discriminer sur base de la race ou d'un autre critère interdit. Le Titre VII n'interdit pas seulement les discriminations ouvertes, mais aussi les pratiques qui, bien qu'équitables dans la forme, sont discriminatoires dans leur application.

¹⁰¹¹ La Cour suprême US procède par un raisonnement par analogie avec sa jurisprudence antérieure sur le droit de vote, dans laquelle elle avait jugé que la réussite d'un test d'alphabétisation comme condition pour pouvoir voter restreint le droit de vote indirectement en raison de la race.

Le critère décisif, ajoute-t-elle, c'est le « *business necessity* »¹⁰¹² : s'il ne peut être démontré qu'une pratique en matière d'emploi qui opère au détriment des Afro-américains est nécessitée par l'exécution d'un emploi, cette pratique est interdite. A cet égard, elle constate qu'il n'a pas été établi que la détention d'un diplôme d'études secondaires ou la réussite de tests généraux d'intelligence ont un lien démontrable avec l'exécution réussie des emplois pour lesquels ils sont exigés. Elle poursuit en déclarant que peu importe l'intention honorable, ou en tout cas l'absence d'intention discriminatoire, dans le chef de l'employeur lorsqu'il institue de telles conditions d'emploi, ce qui compte, ce sont les conséquences de ces conditions, non leur motivation. Plus encore, affirme-t-elle enfin, le législateur a placé sur l'employeur la charge de prouver que tout test, exigence ou pratique doit avoir une relation manifeste avec l'emploi en cause.

L'aménagement de la charge de la preuve n'est donc pas très différent de celui applicable dans le SDT. Dans un cas de *systemic disparate impact*, les plaignants doivent d'abord établir l'existence d'une discrimination apparente (*prima facie case of discrimination*) en démontrant que des mesures d'apparence neutre affectent de manière discriminatoire les membres d'un groupe particulier. Si c'est le cas, il appartient à l'employeur de démontrer que les exigences requises présentent une relation manifeste avec l'emploi en cause. S'il y parvient, les plaignants peuvent alors à leur tour démontrer que, par exemple, d'autres méthodes de recrutement n'ayant pas un tel effet discriminatoire permettraient également d'atteindre l'objectif légitime de l'employeur de pouvoir compter sur des employés efficaces et dans lesquels il peut avoir confiance¹⁰¹³. En revanche, et c'est bien entendu crucial, les plaignants¹⁰¹⁴ n'ont pas à prouver l'intention discriminatoire poursuivie par l'employeur lorsqu'il a adopté les mesures contestées.

Il convient encore de noter que dans un *obiter dictum*, la Cour suprême US déclare (p. 431) que le Titre VII n'exige pas qu'une personne soit recrutée uniquement parce qu'elle a par le passé été la victime d'une discrimination ou parce qu'elle appartient à une minorité ethnique. Au contraire, la préférence discriminatoire pour n'importe quel groupe, minoritaire ou majoritaire, est précisément, et seulement, ce que le législateur a voulu interdire. Pareilles affirmations semblent s'opposer à tout *affirmative action*. Dans sa jurisprudence postérieure sur l'interprétation du Titre VII, elle sera amenée à nuancer celles-ci (voy *ci-dessous*).

¹⁰¹² C'est autour de la question de savoir si ce critère est présent que tourne toute la jurisprudence postérieure

¹⁰¹³ *Dothard Rawlinson*, p. 329 et *Albemarle Paper Co. v. Moody*, p. 425.

¹⁰¹⁴ Comme le note R. Sedler, (p. 101, texte sous note (41)) dans le cas d'un plaignant individuel, il peut parfois être plus tentant d'introduire une action fondée au titre du *individual disparate treatment* plutôt qu'au titre du *systemic disparate impact* dans la mesure où dans la première hypothèse l'analyse se concentrera essentiellement sur la question de savoir s'il a été personnellement victime d'une discrimination, alors que dans la seconde, il devra établir que la pratique en cause a un effet disproportionné sur le groupe auquel il appartient.

Comme indiqué *supra*, la Cour suprême US n'a pas suivi un même raisonnement strict dans l'interprétation de la notion de discrimination indirecte dans le 14^e Amendement dans sa jurisprudence *Washington v. Davis*. En revanche, il semble que cette dernière jurisprudence a rendu la Cour suprême US, dont la composition devenait plus conservatrice, de plus en plus hostile¹⁰¹⁵ à la notion de discrimination indirecte dans le Titre VII.

Cette hostilité culmina dans l'arrêt *Wards Cove v. Atonio* de 1989, rendu à une seule voix de majorité. Dans celui-ci, elle modifia considérablement la répartition de la charge de la preuve entre plaignants et défendeurs, en rendant (p. 657) beaucoup plus lourde la charge de la preuve incombant aux premiers d'établir un cas de discrimination apparente. Dorénavant, ceux-ci ne peuvent se limiter à établir un déséquilibre statistique, même important, dans l'occupation des postes en cause; ils doivent en outre démontrer que c'est l'application de la pratique particulière contestée qui a créé l'impact disproportionné attaqué. En outre, si plusieurs pratiques, d'apparence neutre, sont contestées¹⁰¹⁶, ils doivent établir spécifiquement que chacune de ces pratiques a un impact significativement disproportionné sur les chances d'emploi des groupes (Blancs et non-Blancs) concernés.

Cette décision, qui réduit considérablement l'effet utile de l'arrêt *Griggs*, provoqua des mots très durs chez certains membres de la minorité¹⁰¹⁷. Il semble assez évident en tout cas que, par cet arrêt, la Cour suprême US arrivait à gommer l'avantage essentiel que représente pour des plaignants l'introduction d'une plainte au titre d'un *systemic disparate impact*, à savoir le fait de ne pas devoir prouver l'intention discriminatoire de l'employeur. Si, comme cela est dorénavant le cas après *Wards Cove*, les plaignants éprouvent des difficultés importantes pour franchir le premier pas de l'analyse, à savoir la démonstration d'une discrimination apparente (*prima facie*), ils risquent de se retrouver devant une alternative délicate : choisir la voie du *systemic disparate treatment* pour pouvoir établir plus facilement l'existence d'une discrimination apparente, mais avec alors la nécessité de prouver, in fine, l'intention discriminatoire de l'employeur ou celle du *systemic disparate impact*, avec le risque de ne pas pouvoir franchir la première étape de la démonstration d'une discrimination apparente, rendant ainsi vaine la suppression de l'obligation de devoir démontrer l'intention discriminatoire !

C'est pour contrer cet arrêt, et d'autres¹⁰¹⁸, que le Congrès américain, à majorité démocrate, amenda en 1991 le Titre VII. Cette neutralisation ne fut toutefois que partielle, le Congrès ayant dû se résoudre à une solution de compromis avec l'administration républicaine pour pouvoir faire adopter

¹⁰¹⁵ M. Selmi, p. 215.

¹⁰¹⁶ Ce qui était le cas en l'espèce : népotisme, canaux distincts de recrutement, préférences en matière de réemploi.

¹⁰¹⁷ « On peut se demander si la majorité estime toujours que la discrimination raciale – ou plus précisément la discrimination raciale contre les non-Blancs – est un problème dans notre société ou même si elle se souvient qu'elle l'a jamais été », opinion dissidente du juge Stevens, rejoints par les juges Brennan et Marshall, p. 662.

¹⁰¹⁸ Voy. D. Staudmeister, note xxx.

cette modification¹⁰¹⁹. Dorénavant, le Titre VII dispose¹⁰²⁰ qu'un plaignant établit un cas de discrimination apparente s'il démontre que l'employeur utilise *une*¹⁰²¹ pratique particulière ayant pour effet d'affecter de manière disproportionnée les membres d'un groupe¹⁰²².

Si l'inclusion formelle de la « discrimination indirecte – *systemic disparate impact* » dans le Titre VII a pu être réalisée par cette modification législative, il n'en demeure pas moins que ses conditions d'application, découlant toujours quant au fond de la jurisprudence *Wards Cove*, rendent son utilisation peu intéressante. M. Selmi note d'ailleurs¹⁰²³ qu'entre 1994 et 1999¹⁰²⁴ moins de dix arrêts de cours d'appel publiés ont été rendus sur base d'une plainte pour discrimination indirecte parmi les milliers de cas impliquant une discrimination dans l'emploi. A cet égard, il y a lieu de noter que si la théorie du *systemic disparate impact* est également disponible dans l'ADA¹⁰²⁵ et le *Fair Housing Act*¹⁰²⁶, la Cour suprême US refusa jusque récemment de l'appliquer dans le cadre de l'ADEA (discrimination fondée sur l'âge). En 1993 dans l'arrêt *Hazen Paper v. Biggins*, le Chief Justice Rehnquist indiquait expressément dans son opinion concordante qu'il se joignait à l'opinion de la Cour uniquement sur base de la prémisse que rien dans celle-ci ne pouvait être lu comme indiquant la volonté d'incorporer dans l'ADEA la théorie du SDI. En 2005, dans l'arrêt *Smith v. City of Jackson* – dans laquelle des officiers de police âgés de plus de quarante ans se plaignaient d'une discrimination fondée sur l'âge due au nouveau régime de rémunération de la ville, lequel favoriserait les employés âgés de moins de quarante ans – la Cour suprême US rendit un jugement fort ambigu sur cette question. Quatre juges (Stevens, Souter, Ginsburg et Breyer) estimèrent que la théorie du SDI est disponible dans l'ADEA, mais de façon très limitée, et qu'elle doit suivre l'interprétation qui en fut donnée dans l'arrêt *Wards Cove*, l'ADEA n'ayant pas, à l'inverse du Titre VII, été modifié par le législateur. Un cinquième (Scalia) se joignit au jugement, mais en estimant que sur cette question précise, il y a lieu de se référer à l'opinion de l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC).

¹⁰¹⁹ Voy. M. Selmi, p. 215.

¹⁰²⁰ D'autres modifications ont également été apportées au Titre VII, et plus particulièrement la possibilité pour la victime d'une discrimination *intentionnelle* d'obtenir des dommages compensatoires et punitifs.

¹⁰²¹ Le plaignant reste donc tenu d'isoler une pratique particulière causant le *disparate impact* – fruit du compromis – mais n'est plus tenu d'établir l'effet disproportionné de toutes les pratiques discriminatoires contestées.

¹⁰²² Bien sûr, l'employeur reste alors tenu/conservé la possibilité, selon le § 2000e-2 (k)(1)(A)(i) (section 703), de démontrer que la pratique en cause présente un lien avec l'emploi contesté et répond à une *business necessity*.

¹⁰²³ P. 216.

¹⁰²⁴ Voy. également N.J. DeSario, « Reconceptualizing Meritocracy: The Decline of Disparate Impact Discrimination Law », 38 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, (2003), pp. 179 et 504, lequel montre qu'après 1991, les cours fédérales ont généralement rejeté les plaintes fondées sur un *disparate impact*, pour encourager celles basées sur un *disparate treatment*. En revanche, l'*Equal Employment Opportunity Commission*, dans son rapport pour l'année 2002, note que le nombre de plaintes alléguant une violation du Titre VII a augmenté de 4,5 % par rapport à l'année précédente et s'est élevé à 84 442, voy. S.E. Bers, « The Death of the Smoking Gun and Prospective Protection Against Discrimination Claims », *Martindale.com*, legal articles, 27 août 2004.

¹⁰²⁵ *Raytheon v. Hernandez* de 2003.

¹⁰²⁶ Sur ce dernier, voy. P.E. Mahoney, note xxx.

Trois autres en revanche (O'Connor, Kennedy et Thomas) ont considéré que la théorie du SDI n'est pas disponible dans l'ADEA. Le *Chief Justice* Rehnquist, malade à cette époque, quant à lui ne prit pas part à cette décision. Il est dès lors difficile de déterminer quel sera l'impact de cet arrêt sur la pratique des *Circuits*¹⁰²⁷.

§ 3 – La légalité validée des mesures d'affirmative action

L'arrêt *Adarand* a marqué un coup d'arrêt fatidique, au moins jusqu'à ce jour¹⁰²⁸, aux programmes d'affirmative action *gouvernementaux* ou au moyen de financements gouvernementaux en matière d'emploi¹⁰²⁹. La situation est différente dans le cadre du Titre VII et des programmes *volontaires* d'affirmative action dans les entreprises en matière d'emploi ou de formation.

Une des raisons en est que le Titre VII lui-même contient une disposition, la section 706(g), autorisant, dans certaines circonstances, la prise de telles mesures¹⁰³⁰. Toutefois, ce n'est qu'en 1987, dans *Johnson v. Transportation Agency*, arrêt qui gouverne encore cette question, que la majorité exprimera, dans l'opinion du juge Brennan, que l'analyse à mener au titre du Titre VII n'est pas identique à celle conduite dans le cadre du 14^e Amendement¹⁰³¹.

I – L'arrêt *Weber*, l'affirmation du principe

C'est en 1979, dans l'arrêt *Steelworkers v. Weber*, que, pour la première fois, la Cour suprême US examinera la légalité, au regard du Titre VII, d'un programme d'affirmative action d'une entreprise et

¹⁰²⁷ Suite à l'arrêt *Hazen Paper*, les différents *Circuits* de cours d'appel américaines ont en effet adopté des positions divergentes sur cette question, les 2^e, 8^e et 9^e se prononçant en faveur de son application, mais les 1^{er}, 3^e, 6^e, 7^e, 10^e et 11^e se prononçant contre - voy. l'arrêt du 11^e *Circuit Court of Appeals* du 5 juillet 2001 dans *Adams v. FL Power*. Par ailleurs, ce n'est qu'en 1996, dans *O'Connor v. Consolidated Coin Caterers*, constatant qu'aucune partie ne contestait l'applicabilité du *McDonnell Douglas test* dans le cadre de l'ADEA, que la Cour suprême US « présuma » que tel était bien le cas.

¹⁰²⁸ Il faut toutefois noter que quelques mois après l'arrêt *Grutter*, la Cour suprême US a, par une décision, non motivée, rejetant un *writ of certiorari*, refusé d'examiner la politique de la ville de Denver instituant une préférence raciale dans l'octroi de marchés publics dans l'industrie de la construction. Dans son opinion dissidente, le juge Scalia, auquel se joint le *Chief Justice* Rehnquist, critique ce refus en arguant que celui-ci risque de laisser dorénavant planer un doute sur la validité de la jurisprudence *Adarand* alors que, selon lui, cette politique ne remplissait manifestement pas les conditions strictes posées par cette jurisprudence.

¹⁰²⁹ L'arrêt *Grutter v. Bollinger* a permis de sauver une majorité de ceux concernant l'accès aux écoles et aux universités dans le cadre du Titre VI.

¹⁰³⁰ « Si le tribunal établit que le défendeur a intentionnellement instauré, ou instaure intentionnellement, une discrimination illégale en matière d'emploi, il pourra, par une procédure d'injonction, interdire cette pratique illégale et ordonner toute affirmative action appropriée, ce qui peut inclure la réintégration ou le recrutement d'employés, avec ou sans paiement d'arrérages de salaire » (cette traduction est reprise de G. Calvès, p. 24).

¹⁰³¹ Texte sous note (6) ; voy. dans le même sens le texte sous note (1) de l'opinion concordante du juge Powell dans *US. V. Paradise*, rendu un mois plus tôt. Il y a toutefois lieu de noter que dans son opinion concordante dans *Johnson*, la juge O'Connor estime au contraire (p. 649) que les conditions pour apprécier la légalité d'un programme d'affirmative action au regard du Titre VII ne sont pas différentes de celles examinées dans le 14^e Amendement, et que, dans le même arrêt, le juge Scalia s'oppose également, avec véhémence, à la position retenue par la majorité.

validera celui-ci. Une entreprise métallurgique et un syndicat d'ouvriers avaient conclu un accord collectif visant à remédier au déséquilibre racial manifeste existant parmi les employés de l'entreprise. Aux termes de cet accord, les sessions de formation continue permettant l'accès aux échelons supérieurs de la hiérarchie devaient accueillir 50% d'ouvriers afro-américains, quelle que soit leur ancienneté dans l'entreprise, jusqu'à ce que le pourcentage d'employés afro-américains parmi les ouvriers qualifiés corresponde à leur proportion dans les employés utilisés par l'entreprise sur le site d'implantation en cause. Dans un de ces sites, où la proportion d'ouvriers afro-américains qualifiés était de 1,83%, alors que leur part dans la main-d'œuvre sur le site était de 39%, 7 employés afro-américains et 6 blancs furent sélectionnés pour participer au programme de formation, alors que l'employé afro-américain le plus ancien choisi avait moins d'ancienneté que de nombreux blancs dont la demande avait été rejetée.

La Cour suprême US, dans un arrêt « 5-2 », valide au regard du Titre VII cet accord collectif volontaire. Elle estime que l'interdiction de toute discrimination raciale, sans exception, inscrite dans la section 703(a) (discrimination dans l'accès à l'emploi ou l'emploi) et (d) (discrimination dans les programmes d'apprentissage ou de formation) ne condamne néanmoins pas tout programme d'affirmative action privé, volontaire, fondé sur la race. Selon la majorité, une interprétation contraire de ces dispositions ne respecterait pas l'esprit et l'objectif du Titre VII. Elle aboutit à cette conclusion après un examen des intentions du législateur dans l'adoption du Titre VII, parmi lesquelles la volonté d'ouvrir des perspectives d'emploi pour les Afro-américains dans des domaines qui leur avaient traditionnellement été fermés jusque là. La Cour suprême US atteint cette conclusion en dépit du libellé de la section 703(j) qui dispose que rien dans la section 703 ne sera interprété comme *exigeant* d'un employeur¹⁰³² d'accorder un traitement préférentiel à un individu ou à un groupe en raison de la race (la couleur, le sexe,...) de cet individu ou de ce groupe ou à cause du déséquilibre racial (sexuel, ...) qui peut exister dans la force de travail de cet employeur. Selon la majorité, si le législateur avait voulu bannir toute affirmative action fondée sur la race, il aurait clairement affirmé que la section 703 non seulement n'exige pas, mais *ne permet pas* de tels programmes préférentiels d'intégration. Il pourrait facilement être argué que pareille lecture de la section 703(a), (d) et (j) s'apparente en réalité plus à une réécriture de ces dispositions, comme ne se priva pas de le faire remarquer le *Chief Justice* Burger dans son opinion dissidente (pp. 216-217). Ce dernier ne manque d'ailleurs pas de rappeler dans son opinion dissidente que dans *Griggs* tous les juges avaient, expressément, indiqué que le Titre VII proscrit précisément toute discrimination préférentielle au profit d'un individu ou d'un groupe particulier¹⁰³³.

¹⁰³² Ou office d'emploi ou organisme du travail.

¹⁰³³ Dans *Johnson*, le juge Stevens (p. 643) rappellera également le changement radical d'attitude, par rapport à l'approche neutre de *Griggs*, intervenu à partir de *Weber*.

C'est peut-être pour contrebalancer cette lecture audacieuse que la majorité prend soin de circonscrire soigneusement la portée de son arrêt. Elle souligne tout d'abord (p. 208) qu'il n'est pas nécessaire de définir la ligne de démarcation entre les programmes d'affirmative action autorisés et ceux qui devraient être interdits, car il suffit de constater que le programme en cause tombe du bon côté de la ligne. Pour justifier cette conclusion, elle fournit les critères, toujours pertinents aujourd'hui, qui doivent être remplis : (a) les objectifs du programme reflètent exactement ceux du Titre VII, en ce qu'ils visent à supprimer les anciens modèles de ségrégation et de hiérarchie raciales et sont structurés de manière à ouvrir des perspectives pour les Afro-américains dans des professions qui leur ont été traditionnellement fermées. En même temps, (b) le programme n'entrave pas plus que nécessaire les intérêts des employés blancs, de même qu'il n'exige pas leur licenciement ou leur remplacement par de nouveaux employés afro-américains. En outre, il n'empêche pas de manière absolue la promotion des employés blancs, puisque la moitié des candidats sélectionnés pour la formation sont blancs. En outre, le programme constitue une mesure temporaire et n'est pas conçu pour maintenir un équilibre racial, mais simplement pour éliminer un déséquilibre racial manifeste. En d'autres termes, ces programmes volontaires d'employeurs doivent avoir un objectif précis, correspondant à l'objectif du législateur ayant adopté le Titre VII, et les mesures d'affirmative action doivent strictement respecter le principe de proportionnalité (c'est-à-dire être *narrowly tailored*).

II – L'arrêt *Johnson*, la légalité confirmée des programmes volontaires

Après trois arrêts rendus entre 1984 et 1986 dans le cadre de *consent decrees*¹⁰³⁴, la Cour suprême US rendit en 1987 l'arrêt *Johnson v. Transportation Agency*, dans lequel elle confirme *Weber* et

¹⁰³⁴ Sur cette notion, voy. note xxx ; ce sont les affaires *Firefighters v. Stotts* (1984), *Sheet Metal Workers v. EEOC* (1986) et *Firefighters v. Cleveland* (1986). Dans les deux premières affaires, des juges avaient imposé des mesures d'affirmative action à des entreprises suite à des plaintes déposées par des Afro-américains pour discrimination raciale contraire au Titre VII. Dans la troisième, c'est un syndicat de pompiers blancs qui contestait la légalité d'un *consent decree*. Les questions dont la Cour suprême US était saisie portaient essentiellement sur la portée des pouvoirs conférés par la section 706(g) au juge du fond saisi (voy. *ci-dessus*). Dans la première affaire, par un arrêt « 6-3 », elle annule la décision du juge du fond ayant étendu la réparation de la discrimination à des personnes dont il n'a pas été personnellement établi qu'ils ont été les victimes de la discrimination, au motif que le simple fait d'appartenir à une classe défavorisée ne suffit pas pour l'obtention d'une telle réparation. Pour atteindre cette conclusion, la majorité s'appuie notamment sur *Teamsters*, bien que, comme le note le juge Blackmun dans son opinion dissidente (p. 616), *Teamsters* semble impliquer l'inverse (sur cet arrêt, voy. *ci-dessus*). En revanche, deux ans plus tard, les trois juges de la minorité dans *Stotts* (Blackmun, Brennan et Marshall) convainquirent les juges Powell, Stevens et O'Connor de se joindre à eux pour former une nouvelle majorité rendant deux arrêts, également « 6-3 », pour valider les *consent decrees*. Dans ces deux arrêts, la majorité renverse *Stotts* et considère que le juge du fond peut faire bénéficier d'une réparation (sous forme de recrutement obligatoire, par exemple) de la discrimination raciale subie, non seulement les victimes identifiées d'une discrimination passée, mais également, lorsque le contexte est approprié – comme c'est le cas lorsqu'un employeur s'est rendu coupable d'une discrimination persistante ou lorsque cela s'avère nécessaire pour dissiper les effets persistants d'une discrimination omniprésente (*Sheet Metal Workers*) – d'autres membres du groupe minoritaire visé par la discrimination. Dans *Sheet Metal Workers*, la majorité jugea ainsi approprié d'exiger d'un syndicat d'admettre comme membres un nombre d'Afro-américains globalement proportionnel au nombre d'Afro-américains faisant partie de la force de travail (pp. 448-449). Ces deux arrêts paraissent assez audacieux si on les confronte au libellé du Titre VII qui paraît interdire, dans sa section 703(j) (voy. *ci-dessus*) le traitement

marqué définitivement, quoique de manière assez ambiguë, la distinction entre les règles gouvernant les *affirmative action* dans le cadre du 14^e Amendement, d'une part, et du Titre VII, d'autre part, à propos du programme d'affirmative action d'une entreprise *publique*.

En 1978, un programme volontaire d'affirmative action en ce qui concerne le recrutement et la promotion des femmes fut adopté sur une base volontaire par une entreprise californienne de transport public. Ce programme prévoyait notamment qu'en ce qui concerne les promotions vers des postes dans lesquels les femmes avaient été significativement sous représentées, l'entreprise publique était autorisée à prendre en compte le sexe des candidats ayant les qualifications requises. L'objectif était de réaliser une amélioration annuelle statistiquement mesurable et, à long terme, d'obtenir une force de travail reflétant la proportion de membres de minorités ethniques et de femmes dans la force de travail locale. Le programme ne mentionnait pas un nombre spécifique de postes à pourvoir par des femmes ou des membres de minorités, mais exigeait que des objectifs à court terme soient fixés et adaptés annuellement pour servir de référence réaliste en vue des décisions concrètes à prendre. Lorsque l'entreprise annonça la vacance d'un poste de *road dispatcher*, elle retint, après interview des candidats, M^{me} Joyce au détriment de M. Johnson, tous les deux ayant été jugés suffisamment qualifiés pour occuper le poste en cause. M. Johnson invoqua une violation du Titre VII.

Par un arrêt rendu « 6-3 », la Cour suprême US valide ce programme d'affirmative action. Il y a toutefois pluralité d'opinions dans la majorité, pluralité qui déforce la solidité de cet arrêt comme précédent¹⁰³⁵. Cet arrêt étant le dernier rendu sur la question des programmes volontaires d'affirmative action, et eu égard à l'intérêt de bien comprendre le raisonnement tenu par la Cour suprême US pour l'analyse de la jurisprudence plus récente de la Cour de justice sur les « actions positives », il mérite un examen détaillé.

L'opinion des juges Brennan (qui écrit pour la pluralité), Marshall, Blackmun et Powell commence par affirmer que, eu égard à la jurisprudence *McDonnell Douglas*, il appartient à M. Johnson de prouver l'illégalité du programme d'affirmative action au regard du Titre VII. Cette affirmation pourrait être discutée. En effet, s'il est vrai que lorsqu'une violation du Titre VII est invoquée, il appartient, en premier lieu, au plaignant de démontrer la discrimination apparente, il n'allait pas de soi que le même principe est applicable dans le cas d'un programme d'affirmative action : la

préférentiel d'un groupe en fonction de sa race, et donc en définitive une réparation d'une discrimination passée sous forme d'imposition d'un quota. La majorité apporte néanmoins un bémol à son interprétation audacieuse de la section 706(g) – peut-être pour permettre précisément la formation d'une majorité – en ajoutant que si cette section n'interdit pas au juge du fond d'instituer une forme de préférence raciale lorsque cela s'avère nécessaire pour réparer une discrimination passée (persistante ou grossière), une telle réparation n'est pas toujours appropriée. Le juge du fond doit exercer sa discrétion en gardant un œil sur le souci du législateur qu'une telle mesure ne soit pas utilisée en vue de créer une force de travail équilibrée selon les races.

¹⁰³⁵ *Contra* : G. Calvès, p. 141, laquelle estime que la majorité réunie est « assez cohérente ».

discrimination, directe puisque fondée directement sur le sexe du candidat, étant incontestable, la seule et réelle question juridique à examiner n'est-elle précisément pas celle de la légalité de l'affirmative action ? Et dans ce cas, n'appartenait-il pas à l'entreprise défenderesse de démontrer la légitimité, au regard du Titre VII, de son programme ?

En choisissant une autre solution, la Cour suprême US marque clairement une rupture radicale par rapport à son analyse sur les affirmative actions menée dans le cadre du 14^e Amendement. Dans celui-ci, une mesure d'affirmative action doit, en toute hypothèse, être justifiée par un objectif gouvernemental impératif. Dans le cadre du Titre VII, une telle exigence, très difficile à satisfaire, est évitée. Il pourrait en outre être ajouté que l'affirmation de la majorité selon laquelle son raisonnement est en ligne avec *McDonnell Douglas* est elle-même surprenante, puisque le test établi par cet arrêt ne vaut pas¹⁰³⁶ lorsque le plaignant est en mesure d'établir la preuve directe de la discrimination subie, ce qui était à l'évidence le cas ici.

Le juge Brennan poursuit en déclarant que la vérification de la légalité du programme de l'entreprise doit être guidée par les principes établis dans *Weber*. Une fois encore, cette affirmation, non autrement motivée, est lourde de conséquences et permet à la pluralité de s'écarter radicalement de la motivation de la majorité, autrement composée, dans l'arrêt *Wygant* rendu un an auparavant également sur un programme d'affirmative action d'une entreprise *publique*, mais dans le contexte du 14^e Amendement.

La pluralité explique alors comment doit être appréciée au regard du Titre VII la légalité d'un programme volontaire d'affirmative action d'une entreprise.

Tout d'abord, elle rappelle que la solution atteinte dans *Weber* trouve son fondement dans la reconnaissance que des actions volontaires des entreprises peuvent jouer un rôle crucial dans la réalisation de l'objectif du Titre VII, à savoir l'élimination des effets des discriminations sur le lieu de travail, et que dès lors le libellé du Titre VII ne peut être compris comme permettant de mettre en échec de tels efforts.

Sur le fond, la première question qui se posait était celle de savoir si la prise en compte du sexe des candidats était justifiée par l'existence d'un « déséquilibre manifeste » reflétant la sous représentation des femmes dans des catégories d'emplois traditionnellement ségréguées. A cet égard, la majorité avance également que ce *déséquilibre manifeste* ne doit pas être tel qu'il permettrait la démonstration d'une discrimination apparente contre l'employeur, dans la mesure où elle ne considère pas comme identiques les contraintes du Titre VII et du 14^e Amendement en ce qui concerne les programmes

¹⁰³⁶ Voy. ci-dessus, note xxx (*Sorema*).

volontaires d'affirmative action. Ce faisant, la majorité essaie de répondre, tant à l'opinion concordante de la juge O'Connor qu'à l'opinion dissidente du juge Scalia. Dans une *footnote*, elle argue que le fait qu'un employeur public doive aussi satisfaire aux conditions de la Constitution¹⁰³⁷ ne peut aboutir à nier le fait que l'interdiction de discrimination découlant du Titre VII, laquelle s'impose aussi à l'employeur public¹⁰³⁸, n'a pas pour objectif d'être aussi contraignante que celle de la Constitution. Pareille argumentation peut légitimement laisser sceptique. En effet, dans *Wygant*, la majorité avait jugé inconstitutionnel un programme d'affirmative action d'un employeur public, au motif que celui-ci n'avait pas pu démontrer qu'il était justifié par un objectif gouvernemental impératif et que les moyens pour le réaliser étaient étroitement adaptés (*narrowly tailored*) à sa réalisation. Aucune question relative à sa légalité au regard du Titre VII n'avait été examinée, alors qu'en l'espèce aucune question relative à la constitutionnalité du programme n'était examinée. Que ce passerait-il si tel était le cas ? Le raisonnement de la majorité dans *Johnson* est tout simplement irréconciliable avec celui de la majorité dans *Wygant* !

Ayant constaté que le programme de l'entreprise publique de transport avait bien pour objectif d'éliminer le déséquilibre sexuel dans des catégories d'emplois traditionnellement ségréguées, la majorité conclut que la première condition posée par *Weber* est donc remplie. Se tournant alors vers la seconde condition, l'absence d'entrave non nécessaire aux droits des employés masculins, elle constate que le plaignant n'avait pas un droit absolu à la promotion. Enfin, elle constate que la programme d'affirmative action avait pour objectif d'atteindre un équilibre sexuel dans la main-d'œuvre, non d'en maintenir un.

Les différentes affirmations formulées par la pluralité au soutien de son analyse peuvent être discutées, ce que ne manquèrent pas de faire, tant les juges Stevens et O'Connor dans leurs opinions concordantes que les juges de la minorité.

En se ralliant à la majorité, le juge Stevens ne manque pas de constater ouvertement que la jurisprudence de la Cour suprême US, tant dans *Weber* que dans *Bakke*, est clairement contraire au libellé du Titre VII. Toutefois, il estime que ces arrêts constituent maintenant une partie importante de l'édifice du droit américain et que cette considération est suffisamment impérative pour qu'il adhère à la construction faite de la législation par la Cour suprême US en raison de l'intérêt public indéniable à la stabilité et au développement ordonné du droit ! On ne peut pas dire qu'un tel raisonnement soit d'un grand secours, sur le plan juridique, à la construction faite par la pluralité. Il ajoute simplement que la logique du Titre VII exige que les constructions judiciaires laissent un « espace pour respirer » (*breathing room*) aux initiatives des employeurs au bénéfice des membres des groupes minoritaires.

¹⁰³⁷ Ce qui n'est pas le cas d'un employeur privé.

¹⁰³⁸ Depuis la modification apportée au Titre VII en 1972.

La juge O'Connor est plus critique dans son opinion concordante, au point qu'une grande partie de la motivation qu'elle avance pour finalement conclure qu'elle « concourt au jugement » aurait pu être utilisée par la minorité ! Tout d'abord, elle partage l'avis du juge Scalia, minoritaire, que la jurisprudence *Weber* autorise des programmes d'affirmative action que le libellé du Titre VII pourtant interdit. Eu égard à l'importance du principe du *stare decisis* et à la prudence qui doit guider la Cour suprême US dans les revirements jurisprudentiels, elle accepte de « concourir au jugement » eu égard à ce précédent. Elle avance néanmoins que le raisonnement de la majorité est erroné. Il ne peut donc être soutenu que son ralliement à la solution procède d'un ralliement au raisonnement de la pluralité. Selon elle en effet, l'analyse à mener dans le cadre du Titre VII n'est pas différente de celle à conduire dans le 14^e Amendement. Cette position la conduit toutefois à expliquer que l'analyse effectuée dans *Wygant* (jugeant inconstitutionnel un programme d'affirmative action) et celle opérée dans *Weber* sont cohérentes, ... ce que les autres membres de la majorité n'ont osé soutenir et que les membres de la minorité ont fortement contesté !

Précisément, dans son opinion dissidente, le juge Scalia¹⁰³⁹ montre que l'élément essentiel de la solution de la majorité est que la discrimination raciale ou sexuelle au titre du Titre VII est dorénavant permise quand elle a pour objectif de mettre fin aux effets, non plus seulement des discriminations passées de l'employeur en cause, mais aussi des « attitudes sociétales » (*societal attitudes*) qui ont limité le recrutement de certaines races, ou de membres d'un sexe, dans certains emplois. Une telle solution, argue-t-il, est directement contraire à la solution retenue dans *Wygant*. Et contrairement à la majorité, il ne peut admettre qu'en matière d'affirmative action le législateur ait voulu mettre dans le Titre VII moins de contraintes sur un employeur public que celles résultant de la Constitution. A cet égard, il considère que la distinction entre employeurs publics et employeurs privés est susceptible de plusieurs justifications, et notamment, qu'à l'inverse des seconds, les premiers sont soumis au respect du 14^e Amendement. Toutefois, il ajoute que le libellé du Titre VII n'opère aucune distinction entre employeurs privés et employeurs publics, de sorte qu'à son avis il conviendrait de renverser *Weber*, et donc, en définitive, de soumettre, indirectement, les employeurs privés au test plus sévère du 14^e Amendement.

Quels que puissent être ses sentiments personnels à l'égard de l'*affirmative action*, le juriste doit reconnaître que l'interprétation *contra legem* de l'arrêt *Weber*, et plus encore de l'arrêt *Johnson*, laisse subsister un certain malaise quant à la légitimité, au regard du Titre VII, des mesures d'affirmative action admises par la Cour suprême US. Il n'est d'ailleurs pas sûr que si une nouvelle affaire d'affirmative action dans le cadre du Titre VII devait être examinée, la Cour suprême US, dans sa composition conservatrice actuelle, observerait la même déférence par rapport au principe du *stare*

decisis que celle manifestée par les juges Stevens et O'Connor à l'époque et qui permirent la formation d'une majorité¹⁰⁴⁰.

Si l'on compare la jurisprudence de la Cour suprême US sur les affirmative action dans le 14^e Amendement à celle menée dans le Titre VII, on doit constater qu'elle se montre plus tolérante¹⁰⁴¹ à l'égard des affirmative actions adoptées par des employeurs privés. Une telle solution est-elle imaginable en droit communautaire ? Le libellé des différentes dispositions du droit communautaire ayant incorporé le principe de la possibilité de mener des actions positives¹⁰⁴² incitent à penser que de telles actions sont interdites, puisque ces articles mentionnent exclusivement la possibilité pour les *Etats membres* d'adopter ou de maintenir des mesures d'action positive¹⁰⁴³. Il n'est toutefois pas interdit de penser que la Cour de justice pourrait, au moins dans certaines hypothèses, se montrer favorable à un programme, volontaire, d'actions positives menées par un employeur particulier, si pareilles actions ont pour objectif de remédier à un « déséquilibre manifeste » dans la main-d'œuvre de son entreprise. En revanche, il me paraîtrait difficile d'imaginer que soit validé un programme volontaire individuel d'un employeur visant à remédier à un déséquilibre manifeste, passé et général, dans un certain secteur économique caractérisé par une sous représentation des femmes ou de membres d'une minorité ethnique.

CONCLUSIONS

La jurisprudence de la Cour suprême US pourrait apparaître comme celle de tous les extrêmes. C'est dans les opinions des membres de la Cour suprême US que se trouvent les divergences *idéologiques* les plus extrêmes sur ce que recouvre le droit à l'égalité ou celui à la non-discrimination. C'est également la Cour suprême US qui a élaboré le système *le plus structuré* de raisonnement. Que ce soit dans le cadre du droit constitutionnel à l'égalité ou dans le contexte de l'interdiction fédérale des discriminations, elle a développé une grille d'analyse très fouillée : *scrutiny tests* différents selon le motif de différenciation, analyse distincte selon le caractère direct ou indirect de la différenciation et invalidité de principe des *affirmative actions* en ce qui concerne l'emploi, mais validité conditionnelle s'agissant de l'éducation dans le 14^e Amendement ; trois analyses différentes selon le caractère direct ou indirect de la discrimination, analyses qui par ailleurs ne correspondent pas à celles applicables

¹⁰³⁹ Auquel se joignent le *Chief Justice* Rehnquist et le juge White, ce dernier écrivant en outre une très courte opinion séparée.

¹⁰⁴⁰ Ces deux derniers sont toujours membres de la Cour suprême US, comme le sont le *Chief Justice* Rehnquist et le juge Scalia.

¹⁰⁴¹ R. Ginsburg, p. 269, texte sous note (77).

¹⁰⁴² Dans l'article 141 §4 CE ou dans les directives 2000/43 et 2000/78.

dans le 14^e Amendement, et validité de principe des *affirmative actions* volontaires dans le domaine de l'emploi, dans le *Civil Rights Act 1964*.

Ces deux traits – jugements idéologiques et cadre détaillé de l'analyse juridique - pourraient paraître contradictoires. Le second pourrait en revanche aussi être considéré comme un rempart face aux dérives possibles du premier. Quelle que soit l'opinion personnelle d'un juge sur l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, par exemple, sa marge discrétionnaire d'appréciation et d'expression est limitée par le fait que de telles discriminations sont soumises à un *intermediate scrutiny test* renforcé impliquant que seules des justifications très sérieuses peuvent les justifier dans le cadre du 14^e Amendement.

Cette *transparence* de la méthodologie adoptée devrait certainement constituer une source d'inspiration pour la Cour de justice.

Sur le fond des raisonnements suivis en revanche, il est indéniable que certains des choix opérés par la Cour suprême US sont fort différents de ceux habituellement adoptés par la Cour de justice. Ainsi, la rigueur de la charge de la preuve imposée à la personne se prétendant victime d'une discrimination indirecte dans l'emploi limite drastiquement la portée pratique réelle de l'interdiction de pareille discrimination. De la même façon, l'importance accordée à l'intention discriminatoire, toujours dans le contexte de la discrimination indirecte, mais dans le 14^e Amendement, limite fortement la possibilité pour un plaignant de voir reconnaître l'existence d'une telle discrimination.

¹⁰⁴³ Et contrairement à la situation existant en droit américain, aucune distinction n'existe sur ce point dans le libellé de la disposition du traité et celles du droit dérivé.

Chapitre III - La Cour suprême du Canada

Le principe constitutionnel des droits à l'égalité et à la non-discrimination figure, au niveau fédéral¹⁰⁴⁴, à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la *Charte*) :

(1) *La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.*

(2) *Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinées à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe¹⁰⁴⁵, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.*

La Charte fut édictée comme annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁴⁶ sur le Canada et a donc rang constitutionnel¹⁰⁴⁷. Le paragraphe 1 est souvent décrit comme contenant les « quatre

¹⁰⁴⁴ N'est pas abordée ici la jurisprudence de la Cour suprême relative au principe de non-discrimination inséré dans d'autres textes fédéraux ou provinciaux, lesquels, à la différence de la Charte, s'appliquent aussi dans les relations privées. De façon générale, il peut toutefois être relevé que l'approche de la Cour suprême dans l'interprétation de ces autres textes, notamment ceux de caractère « quasi-constitutionnel », telle la *Charte des droits et libertés du Québec*, est fort semblable à celle suivie dans son interprétation de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, voy *Québec c. Boisbriand*. Pour une présentation schématique d'autres textes « quasi-constitutionnels » existant au niveau fédéral ou des provinces, voy. J. Woehrling, « Droit constitutionnel étranger – l'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier – juin 2002), Canada », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, p. 187. Cet auteur considère (p. 196) que l'unité d'approche de la Cour suprême à l'égard de tous ces textes présente l'inconvénient de diminuer l'intérêt et l'utilité d'une superposition des deux niveaux de garantie. Il ajoute toutefois qu'elle offre aussi l'avantage de simplifier le régime en matière de droits et libertés qui risquerait autrement d'être trop complexe. Pour une présentation détaillée des inconvénients et avantages de cette « superposition », voy. J. Woehrling, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des Etats-Unis et du Canada », 46 *Revue du droit de McGill*, (2000), p. 21.

¹⁰⁴⁵ En ce compris le harcèlement sexuel, voy. l'arrêt *Janzen c. Platy*.

¹⁰⁴⁶ Mais l'article 15 de la Charte n'entra en vigueur qu'en 1985, à la différence des autres dispositions de celle-ci ; sur les raisons pouvant expliquer cette entrée en vigueur différée, voy C. L'Heureux-Dubé, « Conversations on Equality », *Manitoba Law Journal*, Vol. 26, pp. 273 et 275. Un autre juge de la Cour suprême, F. Jacobucci, « An Interview with Justice Jacobucci and Professor Dieter Grimm », 2 *Journal of Law and Equality*, (2003), pp. 197 et 198, estime quant à lui que ce retard s'explique notamment par le fait que le concept d'égalité était le plus complexe de la *Charte*. Le caractère constitutionnel de la Charte signifie par ailleurs que toutes les législations doivent nécessairement respecter le principe de non-discrimination contenu à l'article 15.

¹⁰⁴⁷ Pour des développements sur ce point, voy l'arrêt *Skapinker* [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 365.

égalités »¹⁰⁴⁸ et sa formulation destinée à surmonter les erreurs et malentendus du passé, en particulier concernant le « droit à l'égalité » contenu dans la *Canadian Bill of Rights 1960* (déclaration canadienne des droits de 1960), laquelle, en outre, n'avait pas de statut constitutionnel¹⁰⁴⁹. La Charte s'applique aux actes du Parlement fédéral, au pouvoir législatif de chaque Province¹⁰⁵⁰, ainsi qu'à l'action gouvernementale¹⁰⁵¹. L'application du principe de non-discrimination dans les relations entre personnes privées est régie par la législation non constitutionnelle. En outre, il semble que l'article 15 de la Charte ne bénéficie pas aux personnes morales¹⁰⁵².

Il y a lieu de noter que la liste des motifs prohibés de discrimination n'est pas exhaustive (« notamment »), ce qui a permis à la Cour suprême de juger, par exemple, que « l'orientation sexuelle » est un « motif analogue » aux autres caractéristiques personnelles énumérées au (1), de sorte qu'une discrimination fondée sur ce motif est également prohibé par cette disposition¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ B. Vizkelety, « Adverse Effect Discrimination in Canada: Crossing the Rubicon from Formal to Substantive Equality » in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, pp. 223 et 224. Ces quatre égalités sont : 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous ; 2) le droit à ce que la loi ne fasse exception de personne ; 3) le droit à la même protection de la loi et 4) le droit au même bénéfice de la loi, voy l'opinion du juge McIntyre dans *Andrews*, p. 170.

¹⁰⁴⁹ La Cour suprême a jugé que la jurisprudence relative à la déclaration canadienne des droits et libertés n'était nullement déterminante pour l'interprétation à donner des dispositions constitutionnelles de la Charte, *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *Singh* [1985] 1 R.C.S. 177.

Sur la jurisprudence antérieure à la Charte et au *Bill*, voy. C. L'Heureux-Dubé, « Realizing equality in the twentieth century : the role of the Supreme Court of Canada in comparative perspective », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 35.

¹⁰⁵⁰ Article 32 de la Charte. Une des grandes faiblesses de la déclaration de 1960 était précisément qu'elle s'appliquait aux lois fédérales, mais non aux législations provinciales, P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd, Carswell, 1985, p. 54.

¹⁰⁵¹ La Cour suprême a jugé que la Charte ne s'applique pas aux activités privées, *SDGM c. Dolphin Delivery Ltd* [1986] 2 R.C.S. 573, mais a en revanche affirmé qu'elle s'applique à la « loi qui régit l'activité privée », *Vriend c. Alberta*, opinion du juge Cory, para. 66. En l'espèce, la Cour suprême a considéré que la Charte s'appliquait au traitement discriminatoire par une personne privée envers une autre en raison de son orientation sexuelle, dans le sens où la Charte s'appliquait au manquement du gouvernement d'avoir prohibé une telle discrimination. C'est donc l'inaction gouvernementale qui fut ici sanctionnée. Sur la portée de l'analyse effectuée par le juge Cory, voy. T. Macklem, « *Vriend v. Alberta : Making the Private Public* », 44 *Revue de droit de McGill*, (1999), pp. 197 et 220. De même, elle a jugé, dans *Blencoe*, qu'elle s'applique aux organismes qui exercent un pouvoir conféré par une loi. Par ailleurs, la protection de l'article 15 (1) est offerte même si la loi ne crée pas de discrimination, mais que celle-ci résulte d'une « pratique administrative » du gouvernement (au sens large – administration des douanes), voy. *Little Sisters Book*.

¹⁰⁵² *Edmonton journal* [1989] 2 R.C.S. 1326, opinion de la juge L'Heureux-Dubé, p. 1382.

¹⁰⁵³ *Vriend c. Alberta*, opinion du juge Cory, para. 90. Comp l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé qui, dans le même arrêt, marque son désaccord (para. 185-186) sur l'approche du juge Cory en ce qui concerne la notion de « motif analogue », mais partage néanmoins la conclusion finale de celui-ci en ce qui concerne l'existence d'une discrimination fondée sur ce motif. Cette jurisprudence est constante, voy. également les arrêts *Egan*, *Little Sisters Book* et *University Trinity Western*. « Les antécédents judiciaires » sont de même considérés comme constituant un « motif analogue », voy. l'arrêt *Therrien*, opinion du juge Gonthier, para. 132. Dans *Dunmore*, la juge L'Heureux-Dubé considère, dans son opinion concordante (para. 165), que le « statut professionnel des travailleurs agricoles » constitue un « motif analogue » ; en revanche, le juge Major, dans son opinion dissidente (para. 215), rejette cette analyse. La majorité de la Cour suprême ne prend pas position sur cette question, ayant préalablement conclu que la loi de l'Ontario excluant ces travailleurs du régime des relations de travail établi par

Principe d'égalité et principe de non-discrimination sont intrinsèquement liés dans l'article 15 de la Charte : le *principe d'égalité* devant la loi s'applique dès lors qu'il y a *discrimination* fondée sur certains motifs, énumérés ou analogues. Mais l'interdiction des discriminations ne se limite pas, contrairement à l'article 14 CEDH, aux droits et libertés contenus dans la Charte ; elle s'étend à toutes les réglementations fédérales ou provinciales¹⁰⁵⁴.

Il est par ailleurs important de souligner la place accordée à « l'affirmative action » dans la Charte (15 (2)), place assez similaire à celle réservée, au moins en théorie, depuis le traité d'Amsterdam aux « actions positives » en droit communautaire (article 141, paragraphe 4 CE). B. Vizkelety conclut (p. 225) de cette insertion d'une référence à l'affirmative action dans la Charte que cette dernière crée un contexte moins propice à contestation qu'aux USA, mais il faut constater que la Cour suprême s'est plutôt montrée encline à réduire la portée de cette disposition¹⁰⁵⁵ (voy. *Infra*).

Le principe d'égalité contenu au (1) ne semble connaître aucune exception¹⁰⁵⁶. Tel n'est pas le cas. L'article premier de la Charte dispose en effet que « *la Charte canadienne garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ». Plusieurs observations peuvent être faites sur ce texte. D'une part, inscrit à l'article premier de la Charte, et sans référence particulière à l'article 15, il signifie que la réserve qui y est inscrite vaut pour tous les droits et libertés garantis par la Charte¹⁰⁵⁷. Cette réserve s'apparente ainsi

la loi provinciale étant contraire à l'article 2d) de la Charte (droit d'association), une analyse au titre de l'article 15 ne s'impose pas.

¹⁰⁵⁴ A l'inverse de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, voy. arrêt du 14 mars 2001 du Tribunal des droits de la personne du Québec dans *C.D.P.D.J.c. Poulin*, para. 38.

¹⁰⁵⁵ Arrêt *Lovelace*, para. 92.

¹⁰⁵⁶ Sauf celles expressément prévues par la Charte elle-même. Ainsi, l'article 6(1) de la Charte prévoit expressément un traitement différent entre citoyens canadiens et citoyens étrangers, en ce que seuls les premiers ont le droit de ne pas être expulsés du Canada. L'expulsion d'un ressortissant étranger ayant obtenu le statut de résident permanent, ordonnée après sa déclaration de culpabilité d'une infraction grave, n'est donc pas attaquant au titre de l'article 15(1) ; voir *Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration) c. Canada*. Il est toutefois intéressant de noter que l'approche retenue par la Charte diffère de celle prévalant au sein du droit communautaire. Dans ce dernier, une exception n'a pas été créée à l'égard du principe de non-discrimination en ce qui concerne la protection contre l'expulsion. Les ressortissants des autres États membres sont considérés sur ce point comme ne se trouvant pas dans une situation comparable à celle des nationaux (voy. l'arrêt *Sagulo*, point 11 et l'arrêt *Oteiza Olazabal*). Cette appréciation s'appuie en outre sur le droit international selon lequel un État ne peut expulser ses propres nationaux (voy. arrêt *Van Duyn*, point 22). Comp. également l'arrêt *Shaw* de la High Court australienne qui a jugé, en 2003, qu'un « sujet de la Reine » britannique n'est pas un « sujet de la Reine » aux fins de l'application de la section 117 de la Constitution australienne, et peut donc être expulsé, même s'il a acquis un droit de résidence permanent ; voy. *infra*.

De même, l'article 23 (2) de la Charte prévoit une possibilité de traitement différent en matière d'instruction scolaire, en fonction de l'appartenance au groupe linguistique francophone ou anglophone. Dans *Gosselin c. Québec*, la Cour suprême du Canada jugea, de manière intéressante, qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles, de sorte que la garantie d'égalité de l'article 15 (1) ne peut servir à invalider d'autres droits expressément conférés par la Constitution.

¹⁰⁵⁷ Voy, par exemple, l'article 2 : liberté de religion et de conscience, liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, liberté de réunion pacifique et liberté d'association.

assez clairement à celles contenues dans les différentes dispositions spécifiques de la CEDH garantissant les mêmes droits et libertés¹⁰⁵⁸. En revanche, cette disposition est formulée d'une manière qui peut paraître surprenante, ses deux composantes apparaissant dans l'ordre inverse de celui des dispositions de la CEDH ou de la jurisprudence de la Cour de justice. Le Constituant canadien évoque d'abord le « caractère raisonnable » des restrictions qui peuvent être apportées aux différents droits *avant* de mentionner que la justification de ces limites doit se démontrer dans une société démocratique. La lecture de cette disposition n'indique donc pas expressément que les moyens mis en œuvre pour atteindre la justification avancée doivent être appropriés et nécessaires, c'est-à-dire respecter le principe de proportionnalité. La formulation même de la réserve semble donc laisser une marge d'appréciation assez grande, et par conséquent ambiguë, tant aux pouvoirs législatifs et gouvernementaux, pour restreindre les droits conférés par la Charte, qu'à la Cour suprême, pour apprécier le caractère « raisonnable » des limites des restrictions apportées.

L'application de l'article 15 (1) connaît une autre limitation importante qui tient au fait que la protection spécifique accordée à certaines minorités religieuses par la *Loi constitutionnelle* de 1867 échappe à tout examen fondé sur la Charte¹⁰⁵⁹.

Deux grands traits caractérisent la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : son rejet d'une approche aristotélicienne, selon laquelle les situations semblables doivent être traitées de manière semblable (section 1), et la consécration d'une analyse de la discrimination fondée sur l'existence d'une atteinte à la dignité humaine (section 2).

Section 1 – Le rejet de l'approche aristotélicienne

C'est en 1989, dans l'affaire *Andrews*, que pour la première fois la Cour suprême eut l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'article 15 (1). Un examen détaillé de cet arrêt (§ 1) est crucial si l'on veut comprendre le raisonnement de la Cour suprême dans son interprétation du principe de non-discrimination, dans la mesure où elle a non seulement rejeté l'analyse qui prévalait antérieurement à

¹⁰⁵⁸ En revanche, comme le souligne J. Woerhling, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 379 et 380, une limitation similaire ne se retrouve pas dans d'autres instruments du même genre. Cet auteur souligne également, fort opportunément, que l'on pourrait s'interroger sur la nécessité d'insérer dans l'article 15 de la *Charte* une telle disposition limitative expresse, dans la mesure où « en tant que représentant de [l']intérêt général et arbitre des divers intérêts particuliers, l'Etat est donc inévitablement amené à restreindre les droits et libertés des individus pour les ajuster entre eux et les concilier avec l'intérêt de la société dans son ensemble » (p. 379-380).

¹⁰⁵⁹ Arrêt *Ontario Homeowners c. Conseil scolaire de la Région de York*, [1996] 2 R.C.S 929. L'article 29 de la Charte dispose en outre que celle-ci « ne porte pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles ». Sur cette dernière disposition, voy. l'arrêt *Adler c. Ontario*, dans lequel les plaignants estimaient que l'omission de financer les écoles juives en Ontario était inconstitutionnelle. La majorité de la Cour suprême s'appuya sur cet article pour rejeter le recours.

l'entrée en vigueur de la Charte, mais y a surtout établi tous les principes ayant guidé son approche dans sa jurisprudence ultérieure. Celle-ci ne fut toutefois pas toujours cohérente pendant la décennie qui suivit (§ 2). Il convient néanmoins d'ajouter que dès cette époque, la Cour suprême du Canada considéra qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre discriminations directe et indirecte (§ 3).

§ 1 – L'arrêt *Andrews*

M. Andrews est un ressortissant britannique, résident permanent au Canada, qui remplissait toutes les conditions d'admission au barreau de la province de la Colombie-Britannique, à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Il estimait cette condition contraire à l'article 15 (1) de la Charte¹⁰⁶⁰. Au terme de son raisonnement, la Cour suprême lui donna raison.

I - Le rejet de la jurisprudence antérieure à la Charte

Lors de l'examen de cette affaire par la Cour d'appel, la juge MacLachlin avait affirmé que « le sens fondamental de l'obligation constitutionnelle d'une égalité de protection et de bénéfice est que les personnes qui se trouvent dans une « situation analogue doivent être traitées de façon analogue » et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des « situations différentes doivent être traitées différemment ». Le juge McIntyre, de la Cour suprême, qui rédigea la position de celle-ci sur l'interprétation de l'article 15 (1), admit que cette position correspondait à celle généralement acceptée par les juridictions canadiennes. Il rejeta pourtant cette analyse au motif (pp. 166-167) que « *le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs* » (...) « *Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise* ».

¹⁰⁶⁰ Ces faits sont assez similaires à ceux ayant donné lieu à l'arrêt *Razanatsimba* de la Cour de justice en 1977. Dans celui-ci, la Cour a affirmé que la clause de non-discrimination inscrite dans la convention liant la CEE et les pays ACP n'emportait pas le droit pour un ressortissant d'un tel pays de s'établir sur le territoire d'un Etat membre de la CEE, sans condition de nationalité. J.-Y. Carlier, « *Le droit des étrangers en Europe...* », p. 193, critique cet arrêt estimant qu'on « est loin d'une application effective du principe de non-discrimination ». Cette critique semble excessive, la Cour ayant, à mon sens, interprété correctement la portée de l'article 62 de la convention CEE-ACP, en affirmant que ce texte visait seulement à assurer l'égalité de traitement, par un Etat membre, des ressortissants des pays ACP et nullement à engendrer un droit à l'égalité de traitement entre ces derniers et les ressortissants des Etats membres. Pour cette raison, l'analogie faite par J.-Y. Carlier entre ce cas et celui mettant en cause l'accord CEE-Pologne me semble dénuée de pertinence, ce dernier offrant expressément aux ressortissants polonais, légalement employés dans un Etat membre, un droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de cet Etat membre en matière de conditions de travail. Voy. également dans le même sens M. Fallon, p. 174.

Cette appréciation du principe aristotélicien d'égalité est pour le moins surprenante, et en toute hypothèse excessivement formaliste.

Pour expliquer son rejet de ce principe, le juge McIntyre invoque un précédent arrêt de la Cour suprême portant sur l'interprétation de la déclaration canadienne des droits et libertés¹⁰⁶¹. Dans cette affaire, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. Elle fit valoir que la législation en cause créait une distinction illicite fondée sur le sexe. La Cour suprême rejeta son recours au motif qu'il n'y avait pas de distinction illicite fondée sur le sexe puisque la catégorie dans laquelle elle tombait en vertu de la loi était celle des femmes enceintes, et que toutes les personnes dans cette catégorie étaient traitées également. La motivation de ce dernier arrêt était effectivement absurde et reposait sur une application manifestement erronée du principe d'égalité¹⁰⁶². Toutefois, le refus de suivre une mauvaise *application* du principe d'égalité ne justifiait pas que soient également rejetées les règles *théoriques* gouvernant celui-ci¹⁰⁶³.

S'appuyant sur une jurisprudence antérieure relative à d'autres dispositions de la Charte, le juge McIntyre (p. 169) déclare que « *la façon d'aborder la définition des droits et libertés garantis par la Charte consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie ; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger* ».

Sur cette base, elle affirme ensuite que « *la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement* ». (p. 174).

¹⁰⁶¹ *Bliss*.

¹⁰⁶² Avec une pareille motivation, il est en effet quasiment impossible de conclure à l'existence d'une discrimination. Cet arrêt fut renversé en 1989 dans l'affaire *Brooks v. Canada Safeway*. C'est pourtant la même erreur que celle commise dans cet arrêt *Bliss* que la Cour de justice fit dans *Grant* en comparant (point 27) la situation d'une lesbienne à celle d'un homosexuel, tous deux étant privés par la réglementation en cause de l'avantage revendiqué : « *les réductions sur le prix des transports sont refusées à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe* ».

¹⁰⁶³ En outre, comme l'a noté B. Vizkelety (p. 227) la Cour suprême « (left) open the vexing question of *when* is it appropriate to treat the individuals equally and *when* is it appropriate to provide or allow differential treatment ».

Au moins deux observations peuvent être faites sur cette proposition de définition. D'une part, la Cour suprême rejette l'idée que la distinction de traitement devrait être *intentionnelle* pour être discriminatoire¹⁰⁶⁴. D'autre part, cette définition n'établit aucune distinction entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte ». Ce dernier concept est ignoré ; ce qui importe c'est que la distinction repose sur « des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus ».

II – Le choix d'une approche fondée sur les « motifs énumérés ou analogues »

Pour déterminer le rôle exact de l'interdiction de discrimination édictée par l'article 15 (1), et le rapport de celle-ci avec la réserve inscrite à l'article premier de la Charte, la Cour suprême avait à choisir entre trois interprétations fort divergentes¹⁰⁶⁵. La première consistait à affirmer que toute distinction établie par la loi est discriminatoire, de sorte qu'il importe d'examiner cette discrimination en fonction de la réserve de l'article premier. La deuxième comportait un examen du caractère raisonnable et juste de la loi attaquée en vertu de l'article 15 (1) lui-même, n'accordant dès lors qu'un rôle mineur à l'article premier. La troisième, qualifiée de « méthode des motifs énumérés ou analogues », considérait que la discrimination est généralement définie par les motifs énumérés ou analogues à ceux-ci.

Après avoir expliqué pourquoi les deux premières interprétations devaient être rejetées, la Cour suprême, à travers la motivation du juge McIntyre, opta pour la troisième interprétation dans les termes suivants : « *[ce] troisième point de vue (...) correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination [indiquée ci-dessus sous 3.] et renvoie à l'article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en*

¹⁰⁶⁴ Pour un rappel récent de cette observation, voy. l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans l'aff. *Gosselin*, para. 112. Cette remarque souligne la différence par rapport à l'approche de la Cour suprême US (arrêt *Washington v. Davis*, voy. *supra*).

¹⁰⁶⁵ Pour une présentation détaillée de celles-ci, voy les p. 178 à 182 de l'arrêt.

fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier ».

Il faudra toutefois attendre l'arrêt *Turpin*, rendu deux mois plus tard, pour que la nature et les conséquences de cette approche soient mieux définies. Était en cause dans cette affaire le fait que, sauf en Alberta, un prévenu accusé de meurtre devait être jugé devant un juge et un jury. Des accusés, inculpés de meurtre au premier degré en Ontario, présentèrent une requête préliminaire pour être jugés devant un juge seul en invoquant une violation de l'article 15 (1), au motif que cette possibilité était ouverte aux personnes accusées des mêmes infractions pénales en Alberta. Dans cet arrêt, la Cour suprême, à l'unanimité, jugea tout d'abord « qu'il faut considérer comme un avantage le choix de subir ou non un procès avec jury » et qu'en conséquence « il faut considérer l'absence de cet avantage en Ontario comme un désavantage ». Mais la Cour suprême ne conclut pas pour autant à l'absence de caractère *discriminatoire*, au sens de l'article 15 (1), des dispositions en cause du Code criminel. Elle déclara que cette détermination du caractère discriminatoire constituait une « étape suivante » du raisonnement pouvant mener, le cas échéant, au constat d'une violation de l'article 15 (1). Pour expliquer cette approche, le juge Wilson déclara que « *si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt Andrews* ». Appliquant ces principes au cas d'espèce, le juge Wilson ajouta : « *Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de « minorité discrète et isolée »¹⁰⁶⁶ les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés (...)* » et conclut dès lors que « *les personnes qui résident ailleurs qu'en Alberta et qui sont accusées de l'une des infractions énumérées (...) hors de l'Alberta ne constituent pas un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15* ».

Pour la Cour suprême, il ne peut donc y avoir discrimination que si le traitement différent emporte un « désavantage » au détriment d'un individu ou d'un groupe et que si cet individu ou ce groupe doit lui-même être considéré comme « défavorisé » dans la société canadienne.

Cet arrêt, contredisant de nombreux arrêts de plusieurs cours d'appel, combiné avec les principes de l'arrêt *Andrews*, dénote une conception assez étriquée du principe d'égalité. Celui-ci n'a plus vocation à s'appliquer indistinctement à toute personne traitée différemment par un texte de loi. Son

¹⁰⁶⁶ Cette référence à une minorité discrète et isolée fait écho à la célèbre footnote (4) de l'arrêt *Carolene Products* de la Cour suprême US de 1938.

application ne sera déclenchée que si le plaignant appartient à une « minorité désavantagée en raison de caractéristiques personnelles liées à un des motifs énumérés à l'article 15 (1) ou analogues à ceux-ci ». En d'autres termes, comme l'avance le juge Wilson, le droit à l'article 15 (1) « dépend d'une analyse cas par cas ». L'objectif de celui-ci est donc de restaurer la dignité humaine ou la liberté d'individus ou de personnes défavorisées dans la société canadienne¹⁰⁶⁷. Cette conception de l'égalité et de l'interdiction des discriminations qu'elle comporte est radicalement différente de celle prévalant en droit communautaire. Elle apparaît en outre particulièrement subjective.

Cette conception invite par ailleurs à se demander si tous les motifs de discrimination sont égaux ou si, à l'instar de l'approche de la Cour suprême US, elle dénote la volonté de la Cour suprême du Canada de hiérarchiser la protection constitutionnelle de l'égalité contenue dans la *Charte*.

Bien que sa remarque semble constituer un *obiter dictum*, il est intéressant de noter que le juge McIntyre estima (p. 175) dans l'arrêt *Andrews* que « les motifs énumérés traduisent (...) les pratiques discriminatoires les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15 (1), recevoir une attention particulière ». Ce point de vue semble également faire écho à la jurisprudence de la Cour européenne selon laquelle « seules des considérations très fortes » sont susceptibles de justifier les distinctions fondées sur certains critères ainsi que, surtout, à la distinction opérée par la Cour suprême US entre les différents *tests review* dans le cadre du 14^e Amendement. Toutefois, dans l'opinion, émise pour la majorité, dans l'arrêt *Lavoie* de 2002, le juge Bastarache considère au contraire qu'il n'y a pas lieu d'établir de hiérarchie entre les différents motifs de discrimination de l'article 15(1) (voy. *infra*). Même si, sur le plan théorique, la réponse à la question posée ci-dessus reste donc incertaine, la jurisprudence de la Cour suprême incite plutôt à considérer qu'elle adopte un raisonnement identique quel que soit le motif de discrimination en cause, même si, en pratique, son attitude, subjective, semble parfois varier selon le motif de différenciation.

III – La justification d'une discrimination

La première étape du raisonnement de la Cour suprême consiste donc, d'abord, à vérifier l'existence d'une distinction de traitement occasionnant un désavantage et, ensuite, à examiner si ce désavantage est discriminatoire, c'est-à-dire frappe un individu ou un groupe en raison d'un motif relatif à une caractéristique personnelle de cet individu ou de ce groupe.

¹⁰⁶⁷ Les consommateurs de marijuana qui invoquent une « orientation liée à une substance » ne bénéficient donc pas de la protection de l'article 15 de la *Charte*, dans la mesure où pareille « orientation » ne constitue pas une caractéristique personnelle immuable et l'article 15 ne s'étend pas à la protection des « activités récréatives », para. 184 et 185 de l'opinion des juges Gonthier et Binnie dans *R. c. Malmö-Levine*.

Lorsque le constat d'une discrimination est atteint, ce qui était le cas dans l'arrêt *Andrews*, entre en jeu la justification possible de cette discrimination en vertu de l'article premier. Bien que sur le fond, il ait été dissident, c'est encore une fois le juge McIntyre qui a exprimé la position de la Cour suprême quant à l'interaction entre l'article 15 (1) et l'article premier de la charte.

1) Le rapport entre l'article 15 (1) et l'article 1^{er} de la Charte

La Cour suprême affirme tout d'abord la spécificité de la Charte par rapport au 14^e Amendement à la Constitution américaine, en soulignant que celui-ci, qui prévoit qu'aucun Etat ne peut refuser à quiconque relève de sa juridiction « l'égal protection des lois », ne comporte aucune disposition limitative semblable à l'article premier de la Charte. La Cour suprême distingue également la situation constitutionnelle prévalant au Canada du contexte dans lequel est appelé à intervenir l'article 14 de la CEDH, ce dernier « ayant engendré une limite à l'intérieur de la notion elle-même ».

Selon les motifs du juge McIntyre (p. 178), ce qui « *distingue la Charte des autres lois est que l'examen de ces facteurs limitatifs est effectué en application de l'article premier. (...). La caractéristique essentielle est que l'analyse des articles qui garantissent les droits doit demeurer distincte de celle de l'article premier. En d'autres termes, la première question à laquelle il faut répondre lorsqu'on est confronté à un problème soulevé en vertu de la Charte est de savoir s'il y a eu atteinte à un droit garanti. Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier. Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte, et à l'État de justifier cette violation* ».

La position de la Cour suprême sur l'interrelation entre l'article 15 (1) et l'article premier de la Charte appelle plusieurs observations. Elle confirme, implicitement, le rejet du principe aristotélicien d'égalité, lequel sous-tendait la « deuxième interprétation », évoquée *ci-dessus*, du rôle de l'interdiction des discriminations et aurait impliqué un examen du caractère raisonnable et juste de la loi attaquée *au titre* de l'article 15 (1) lui-même, en n'accordant qu'un rôle mineur à l'article premier. Logique avec son choix de la « troisième interprétation », la Cour suprême distingue de manière ferme l'analyse de l'existence d'une discrimination de celle de sa justification¹⁰⁶⁸. On peut toutefois se

¹⁰⁶⁸ Dans l'arrêt *Edmonton Journal* de la même année, la Cour suprême expliquera également que ce qui est véritablement en jeu au moment de déterminer la portée et la priorité des droits constitutionnels, ce sont des droits et des valeurs opposés et qu'il est préférable d'analyser ces droits et ces valeurs en vertu de l'article premier de la Charte, qui permet une analyse du contexte dans laquelle on peut évaluer l'effet produit si on laisse un intérêt l'emporter sur un autre, en fonction de l'ensemble des faits et de la situation sociale où ces droits s'appliquent. Comme l'a souligné J. Woerhling, « La Cour suprême du Canada ... », p. 380, la position de la

demander ce qu'il serait advenu si la structure de la Charte avait été différente et que des dispositions similaires à celles de l'article premier avaient été insérées dans l'article 15 lui-même. Comment le rejet de la théorie aristotélicienne de l'égalité aurait-il alors pu être concilié avec l'approche retenue par la Cour suprême de séparer nettement le constat d'une discrimination et l'examen de sa possible justification ?¹⁰⁶⁹ Il est à cet égard intéressant de souligner que dans les premières versions¹⁰⁷⁰, internes aux services de la Commission, de la proposition de directive de la directive 2000/78/CE, la possibilité de justifier éventuellement une discrimination indirecte n'apparaissait pas dans le même article que celui définissant celle-ci. Bien que cette « erreur » fut par la suite heureusement corrigée, il n'a jamais été prétendu au sein des services de la Commission que cette séparation entre la définition de la discrimination indirecte et sa justification potentielle répondait à une volonté d'avoir à propos de cette directive une approche similaire à celle choisie par la Cour suprême canadienne¹⁰⁷¹ et il me paraît extrêmement douteux que la Cour de justice y aurait décelé pareille intention si cette séparation avait été maintenue dans le texte final

2) Le « test de *Oakes* », la notion de « limite raisonnable »

Selon la Cour suprême, une « limite raisonnable » est « *une limite qui pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. (...) Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la Charte établit le régime opposé. (...) Si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres. Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées* ».

Pour juger du caractère raisonnable dans le cas d'espèce¹⁰⁷², la Cour suprême applique ce qu'il est convenu d'appeler le « test de *Oakes* »¹⁰⁷³ du nom d'un arrêt de la Cour suprême rendu en 1986 dans

Cour suprême peut également s'expliquer par la structure de la Charte elle-même : puisque l'article premier existe, il faut lui réserver un effet utile, c'est-à-dire lui réserver l'exclusivité des considérations relatives aux restrictions aux droits et libertés.

¹⁰⁶⁹ Comp. l'attitude des juridictions australiennes (chap IV) sur cette question dans les arrêts *Waters* (High Court) et *Commonwealth Bank of Australia* (FCA).

¹⁰⁷⁰ Par exemple celle datée du 22 janvier 1999.

¹⁰⁷¹ L'argument avancé par le service de la Commission ayant rédigé cette proposition était essentiellement d'ordre cosmétique !

¹⁰⁷² Elle jugea que la discrimination n'était pas justifiée par l'article premier. L'objectif de la loi ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la suppression des droits protégés par l'art. 15. Ensuite, s'agissant de la proportionnalité de la règle, elle ajoute que l'obligation d'être citoyen n'est pas

lequel ce test fut pour la première fois défini et appliqué. Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans une société démocratique, elle doit satisfaire à deux critères fondamentaux¹⁰⁷⁴ :

1°) L'objectif poursuivi par la règle de droit doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Charte. Il faut donc qu'à tout le moins cet objectif se rapporte à des *préoccupations urgentes et réelles*.

2°) S'il est reconnu que cet objectif est suffisamment important, la partie qui l'invoque doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Selon les termes mêmes de l'arrêt *Oakes*, cela nécessite l'application d'une « sorte de critère de proportionnalité ». Celui-ci comporte lui-même trois éléments : a) les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question ; b) le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question, et c) il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des mesures restreignant le droit et l'objectif reconnu comme suffisamment important, étant entendu que plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable.

L'explication théorique du raisonnement fournie par l'arrêt *Oakes*, et validée expressément dans l'arrêt *Andrews* en ce qui concerne l'interaction entre l'article 15 (1) et l'article premier, qui doit être suivi par les tribunaux canadiens est extrêmement détaillée¹⁰⁷⁵. Il pourrait toutefois être soutenu qu'elle repose essentiellement sur des appréciations *subjectives*. En outre, son application pratique doit tenir compte de la « marge de manœuvre raisonnable » reconnue par la Cour suprême au législateur dans l'arrêt *Andrews*. En définitive, il semble que la Cour suprême adopte la même attitude de réserve

bien adaptée pour atteindre l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci.

¹⁰⁷³ J. Poirier, Chronique – Canada, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997, pp. 527 et 544. Pour une analyse détaillée du « test de Oakes », voy. M. Rothstein, « Section 1 : Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms », *Manitoba Law Journal*, Vol. 27, p. 171. Le « test de Oakes » a fait l'objet d'une littérature abondante dans la doctrine canadienne, voy. les références citées par V. C. Jackson, « Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism : Opening Up the Conversation on « Proportionality », Rights and Federalism », *1 U. Pa. J. Const. Law*, (1999), p. 583, texte de la note (99).

¹⁰⁷⁴ Détaillés aux para. 69 et suivants de l'opinion du juge en chef Dickson.

¹⁰⁷⁵ Selon J. Woerhling, « La Cour suprême du Canada ... », p. 397, la Cour suprême a créé dans l'affaire *Edwards Books* rendue seulement quelques mois après l'arrêt *Oakes* un modèle atténué du test de l'atteinte minimale. Cet auteur estime (p. 404) que la modulation ainsi créée du contrôle judiciaire sur la base de la nature des droits garantis tend à rapprocher l'attitude de la cour suprême canadienne de celle adoptée par la Cour suprême US dans son interprétation du 14^e Amendement. Cette appréciation ne me semble pas confirmée par la lecture de la jurisprudence. En toute hypothèse, la Cour suprême semble en être revenue à une application stricte du test de *Oakes* dans sa jurisprudence ultérieure.

que celle de la Cour européenne à propos de l'article 14 CEDH : ne sera jugé contraire à la Charte que « l'usage arbitraire » de la marge de manœuvre du législateur¹⁰⁷⁶.

En outre, plusieurs observations peuvent être formulées sur l'explication théorique elle-même. Ainsi que souligné *ci-dessus*, l'ordre dans lequel sont mentionnées les conditions posées par l'article premier à son invocation peut paraître surprenant¹⁰⁷⁷. Mais la formulation des « deux critères fondamentaux », telle qu'elle apparaît dans *Oakes*, s'écarte de celle de l'article premier et semble faire référence, de manière classique, au principe de proportionnalité, à savoir examen *préalable* du caractère légitime de l'objectif poursuivi avant celui de la proportionnalité des *moyens* mis en œuvre pour l'atteindre. Toutefois, la formulation de ce principe de proportionnalité laisse quelque peu perplexe. La Cour suprême déclare en effet que la partie qui invoque un objectif légitime « doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables *et que leur justification peut se démontrer* ». Mais comment pourrait-on conclure que la justification des moyens ne peut se démontrer s'ils ont, au préalable, été jugés raisonnables ? L'examen de ce « caractère raisonnable » n'inclut-il pas, nécessairement leur caractère justifié dans une société démocratique ?

§ 2 – L'application contrastée de l'arrêt *Andrews*

Dans sa jurisprudence postérieure à *Andrews*, la Cour suprême a synthétisé cet arrêt fondateur en expliquant les *deux* étapes de la méthode d'analyse permettant de déterminer dans un cas spécifique l'existence ou non d'une discrimination au sens de l'article 15 (1). Ainsi dans *Miron* de 1995, la Cour suprême déclarait : « *L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de*

¹⁰⁷⁶ A cet égard, il y a lieu de souligner la tentative de renforcer la charge de la preuve incombant à la partie défenderesse en ce qui concerne le troisième élément du « critère de proportionnalité » dans l'arrêt *Dagenais*, et les incertitudes de la jurisprudence postérieure à cet arrêt ; voy. *ci-dessous*.

¹⁰⁷⁷ Le Constituant canadien évoque d'abord le « caractère raisonnable » des restrictions qui peuvent être apportées aux différents droits *avant* de mentionner que la justification de ces limites doit se démontrer dans une société démocratique. La lecture de cette disposition n'indique donc pas expressément que les moyens mis en œuvre pour atteindre la justification avancée doivent être appropriés et nécessaires, c'est-à-dire respecter le principe de proportionnalité. La formulation même de la réserve semble donc laisser une marge d'appréciation assez grande, et par conséquent ambiguë, tant aux pouvoirs législatifs et gouvernementaux, pour restreindre les droits conférés par la Charte, qu'à la Cour suprême pour apprécier le caractère « raisonnable » des limites des restrictions apportées.

*présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s'acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie »*¹⁰⁷⁸.

I – Les germes de la confusion

1) Une méthode d'analyse, mais des interprétations différentes

Toutefois, dans l'arrêt *Miron*, rendu à une très courte majorité de 5 voix contre 4, les 4 juges minoritaires introduisirent un germe de confusion, en considérant que lorsque est examinée la question de savoir si le désavantage occasionné par la distinction de traitement est discriminatoire, « cette étape comporte deux aspects: la détermination des caractéristiques personnelles propres à un groupe et l'examen *de leur pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi* ». Cette exigence supplémentaire fut cependant reprise par la majorité¹⁰⁷⁹ dans l'arrêt *Egan* rendu la même année. Pour ajouter à la confusion, la juge L'Heureux-Dubé, cette fois minoritaire, proposa dans le même arrêt une « troisième voie » d'interprétation de la méthode d'analyse de l'article 15 (1), bien que l'objectif avoué de son opinion ait été « de concilier les conceptions divergentes que notre Cour a adoptées dans des affaires récentes » et indiqua que, selon elle, « *une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la Charte si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» - une définition qui insiste davantage sur l'impact (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c'est-à-dire les motifs de la distinction)* »

2) L'arrêt *Dagenais*, une reformulation du test de *Oakes* ?

En 1994, la Cour suprême avait semblé dans l'arrêt *Dagenais*¹⁰⁸⁰ entériner une nouvelle formulation du « test de *Oakes* », et en particulier de son dernier aspect. Dans celui-ci, les *effets* préjudiciables ne doivent pas être démesurés en comparaison avec l'*objectif* législatif poursuivi. Dans *Dagenais*, la Cour suprême, à l'unanimité, déclare que l'Etat doit démontrer la proportionnalité entre les *effets préjudiciables* de la mesure en cause et ses *effets bénéfiques*. Pareille reformulation n'est pas innocente, car elle semble imposer à l'Etat la charge plus lourde de prouver l'efficacité même de la mesure contestée. Ce faisant, on pourrait considérer que la Cour suprême s'arroge le pouvoir de

¹⁰⁷⁸ Voy également l'arrêt *Symes* de 1993, p. 757.

¹⁰⁷⁹ Cet arrêt fut lui-même rendu à une courte majorité de 5 voix contre 4, la majorité étant cette fois composée des juges minoritaires dans l'affaire *Miron*, auxquels s'adjoignit le juge Sopinka ... même si ce dernier ne se prononça pas dans son opinion sur cette question, mais suivit plutôt l'avis de la minorité !

contrôler le pouvoir du législateur en termes de choix sociologiques et de société. Toutefois, en 1996¹⁰⁸¹, la Cour suprême, une fois encore à l'unanimité, s'en tint à la formulation initiale du « test de Oakes », sans même mentionner l'arrêt *Dagenais* et fit de même dans l'arrêt *Harvey*. Toujours en 1996, mais dans une affaire mettant cette fois en cause directement les relations entre l'article 15 (1) et l'article premier, seule la juge L'Heureux-Dubé, à l'origine de la formulation de l'arrêt *Dagenais*, reprend celle-ci dans son opinion ... dissidente. Enfin, et toujours en 1996¹⁰⁸², la Cour suprême, à l'unanimité, semble mêler quelque peu les deux formulations, le juge LaForest appliquant tout d'abord le critère « effets préjudiciables *versus* effets bénéfiques », mais concluant finalement que les moyens choisis étaient proportionnels à l'*objectif* envisagé¹⁰⁸³.

3) Une approche différente selon les motifs de discrimination ?

L'interprétation différente faite par les différents juges des principes posés dans l'arrêt *Andrews*, ainsi que la large marge de manœuvre qu'implique la notion de « limite raisonnable » du *test de Oakes* se sont traduits par une approche fort casuistique de la notion de discrimination jusqu'à l'arrêt *Law*. Si les juges de la Cour suprême du Canada semblent avoir, assez implicitement, rejeté l'idée d'une hiérarchisation formelle, « à l'américaine », de la protection constitutionnelle du droit à l'égalité, la lecture de la jurisprudence allant de l'affaire *Andrews* à l'arrêt *Law* semble révéler que la Cour suprême du Canada n'a pas adopté une attitude identique à l'égard de tous les motifs de discrimination, qu'ils soient spécifiquement énumérés ou seulement analogues.

Dans l'affaire *McKinney*, huit professeurs d'université se plaignaient de la politique de retraite obligatoire à 65 ans pratiquée par les universités et estimaient que celle-ci comportait à leur encontre une discrimination fondée sur l'âge contraire à l'article 15 (1)¹⁰⁸⁴. La majorité commence par déclarer qu'il serait difficile de prétendre que la distinction ainsi opérée par les universités n'est pas discriminatoire « *puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l'âge énumérée dans cette disposition* » (p. 278). Pour arriver à cette première conclusion, la Cour suprême balaie tout d'abord l'argument, pourtant pertinent me semble-t-il, selon lequel la politique de retraite obligatoire ne serait pas fondée sur des différences personnelles non pertinentes ou des suppositions

¹⁰⁸⁰ Cet arrêt ne portait pas sur l'interprétation de l'article 15 de la Charte, mais sur les articles 2b) (liberté d'expression) et 11d) (présomption d'innocence), Sur cet arrêt, voy. J. Poirier, p. 545.

¹⁰⁸¹ Dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, lequel ne concernait pas l'article 15 de la Charte.

¹⁰⁸² Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*.

¹⁰⁸³ J. Woerhling, « La Cour suprême du Canada ... », pp. 407-408, considère que, déjà dans l'arrêt *Andrews*, les différents juges de la majorité et de la minorité avaient procédé à une lecture assez différente du test de Oakes.

¹⁰⁸⁴ Je n'examine pas ici la première question abordée par la Cour suprême dans cette affaire, à savoir si la Charte s'applique aux universités. En dépit d'une conclusion négative, la Cour suprême examina néanmoins l'existence de son éventuelle violation.

stéréotypées. Pour la Cour suprême, pareil argument n'est pas pertinent, car il ignore que l'arrêt *Andrews* « confère [aussi] une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ».

Cette affirmation semble discutable, si l'on se réfère précisément à la définition donnée du terme « discrimination » par le juge McIntyre dans *Andrews*. Il est par ailleurs intéressant de relever que dans *McKinney*, la Cour suprême se contente d'affirmer que *Andrews* protège aussi ce genre de discrimination. Ce n'est que quelques années plus tard (voy. ci-dessous) qu'elle qualifiera explicitement ce type de discrimination « par suite d'un effet préjudiciable » de « discrimination indirecte ». On peut en outre se demander dans quelle mesure cette seule affirmation permettait de conclure aussi rapidement à l'existence d'une discrimination ? La Cour suprême n'aurait-elle pas dû conclure, selon le raisonnement par étapes construit par elle-même dans *Andrews*, que la distinction de traitement créait un *désavantage* à l'encontre des personnes ayant atteint l'âge de 65 ans ? Pour conclure à l'existence d'une *discrimination*, n'aurait-elle pas dû, en outre, établir que ce désavantage touchait une partie de la population canadienne *défavorisée* et affectait leur dignité humaine ? La Cour suprême est absolument muette sur ces questions¹⁰⁸⁵.

Ayant conclu à l'existence d'une discrimination (indirecte) au sens de l'article 15 (1), la Cour suprême examine ensuite la possibilité de justifier celle-ci par le biais de l'article premier et applique les deux étapes du « test de Oakes » : a) quels sont les objectifs de cette politique ? b) les moyens mis en œuvre pour les atteindre respectent-ils le principe de proportionnalité (rationalité – atteinte minimale et relation entre les effets et l'objectif) ? Au terme de son examen, elle conclut (p. 289) que « *les effets des politiques des universités en matière de retraite obligatoire ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement* »¹⁰⁸⁶.

Quelques mois plus tard, la Cour suprême eut l'occasion de se pencher à nouveau sur une question très similaire dans l'affaire *Stoffman*. Dans celle-ci, un hôpital public de Vancouver avait décidé de ne pas renouveler les privilèges d'admission des médecins âgés de plus de 65 ans. Une fois encore, la Cour suprême aboutit facilement au constat d'une discrimination au motif que le règlement en cause « *impose aux médecins qui pratiquent à l'hôpital et qui ont atteint 65 ans un fardeau qui n'est pas imposé à leurs collègues plus jeunes* » (p. 518). Cependant, cette fois-ci, la Cour suprême tente de justifier ce constat de discrimination en affirmant (p. 519) que « *les répercussions qu'entraîne cette politique sur le bien-être physique et psychologique d'un individu sont graves* » et que « *l'emploi est*

¹⁰⁸⁵ Il est intéressant de noter qu'en 2002, dans l'arrêt *Gosselin*, lorsqu'elle sera confrontée à une différence fondée sur l'âge ... au détriment des personnes plus jeunes, la majorité de la Cour suprême fera précisément de l'absence d'une atteinte à la dignité humaine des personnes intéressées l'élément crucial justifiant son constat de non-discrimination.

¹⁰⁸⁶ J. Woerhling, « La Cour suprême du Canada ... », p. 405, note à juste titre que, ce faisant la Cour suprême adopte la « version allégée » du test de Oakes, et donc une attitude de plus grande déférence à l'égard des choix du législateur.

une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel ». Ce faisant, la Cour suprême estime donc équivalents « le bien-être émotionnel » d'une catégorie de personnes, sa « valorisation » et la « dignité humaine ». Cette affirmation est tout à fait défendable, mais elle reste en défaut d'expliquer en quoi la catégorie de personnes concernées (les médecins âgés de plus de 65 ans) constitue un *groupe défavorisé* de la société canadienne méritant une protection spéciale, se limitant à déclarer que le règlement impose « ces privations en fonction d'une caractéristique personnelle attribuée aux individus en raison seulement de leur appartenance à un groupe, c'est-à-dire, à celui des gens âgés de plus de 65 ans ».

Se tournant vers l'article premier, elle commence par émettre quelques considérations générales sur la manière d'interpréter cette disposition : « *Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d'une manière souple. L'analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l'importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l'importance relative que revêt pour les individus touchés l'avantage dont ils sont privés et l'importance de l'intérêt de l'État* » (p. 521). Appliquant ces principes au cas d'espèce en suivant scrupuleusement les étapes du « test de Oakes », elle conclut (p. 528) que l'hôpital « *était amplement justifié, compte tenu du climat actuel de restrictions budgétaires dans le secteur public, de conclure que sa capacité d'attirer de nouveaux médecins dépendait de la retraite au moment opportun de certains des médecins qui s'y trouvaient déjà. En outre, on ne peut dire que le conseil a agi de façon déraisonnable en concluant que la mise à la retraite réglementaire de ceux qui ont atteint 65 ans garantirait le départ de ceux qui seraient en général moins capables de contribuer à la pratique spécialisée de l'hôpital* ».

Dans l'affaire *Tetrault-Gadoury* de 1991, la Cour suprême était confrontée encore une fois à une allégation de discrimination fondée sur l'âge. La plaignante avait perdu son emploi peu après son soixante-cinquième anniversaire et demandé des prestations d'assurance-chômage, qui lui avaient été refusées au motif que, compte tenu de son âge, elle n'était plus admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires et n'avait droit qu'au versement d'une somme forfaitaire à titre de prestation spéciale de retraite. Rappelant tout d'abord ses arrêts *Andrews* et *McKinney*, la Cour suprême affirme tout d'abord « qu'il ne saurait faire de doute » que la réglementation en cause est discriminatoire (p. 39). Plus encore que dans *Stoffman*, elle tente de justifier le caractère discriminatoire de la réglementation par le fait qu'elle affecte un groupe défavorisé en raison d'une caractéristique personnelle : « L'aspect le plus néfaste et dérogatoire (...) est de faire perdre pour

toujours à la requérante, et à toute autre personne de son âge, le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. *Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle est pour ainsi dire stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus partie de la population active.* ». La tentative de la Cour suprême d'appliquer concrètement les critères théoriques fournis dans *Andrews* est évidemment louable. Il est toutefois permis de s'interroger sur la souplesse avec laquelle elle interprète le critère de l'affectation de la dignité humaine d'un groupe particulièrement défavorisé.

Se tournant ensuite vers l'article premier, elle applique le « test de Oakes » et estime que la disposition en cause n'avait pas de lien rationnel avec les objectifs prétendument visés par la législation. Elle passe néanmoins à la seconde étape de l'examen de la proportionnalité des moyens mis en œuvre (atteinte minimale) et conclut que *« le texte législatif contesté en l'espèce est d'une portée aussi étendue, entraînant la suppression des prestations pour toute personne qui a atteint l'âge de 65 ans, sans égard au fait qu'elle puisse être économiquement dans le besoin ou qu'elle continue à faire partie de la main-d'œuvre active »*. (pp. 44-45)

Il semble que d'autres motifs, tels « le fait d'être militaire » ou « la résidence », n'aient pas fait l'objet d'une interprétation aussi libérale par la Cour suprême.

Dans l'affaire *Généreux* (1992), le plaignant, un militaire, avait été inculpé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Il avait subi son procès devant une cour martiale générale et avait été déclaré coupable. Il se plaignait essentiellement d'une violation de l'article 11d) (présomption d'innocence), mais également d'une violation de l'article 15 (1)¹⁰⁸⁷ de la Charte. La Cour suprême répond très brièvement à ce grief en affirmant (p. 311) que l'intéressé « ne peut pas dire, dans le contexte du présent pourvoi, qu'il fait partie d'une « minorité discrète et isolée » de manière à être visé par le par. 15(1) ». Une telle condition ne figure pourtant manifestement pas dans les arrêts *McKinney*, *Stoffman* et *Tetrault-Gadoury*.

Dans l'affaire *Haig* (1993), était en cause le droit de vote. En septembre 1992, le gouvernement fédéral décréta la tenue d'un référendum, le 26 octobre 1992, portant sur une question concernant la Constitution du Canada dans chacune des provinces et chacun des territoires, à l'exception du Québec, lequel devait tenir, à la même date et sur la même question, un référendum distinct, soumis cependant à la loi provinciale applicable. En raison des différences entre les lois fédérale et provinciale en ce qui concerne les exigences en matière de résidence, l'intéressé, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec en août 1992, n'avait pas qualité pour voter au référendum québécois, parce qu'il n'avait pas résidé dans cette dernière province pendant les six mois précédant le référendum. Il n'avait pas non

¹⁰⁸⁷ Un civil accusé des mêmes infractions subissant son procès devant une cour criminelle ordinaire.

plus qualifié pour voter au référendum fédéral parce que, le jour du recensement, il n'avait pas sa résidence ordinaire dans une section de vote établie en vue de ce référendum.

Ici encore, la Cour suprême répond très brièvement au grief allégué de discrimination fondé sur la résidence en déclarant (p. 1043) : « *un plaignant qui invoque le par. 15(1) doit, en effet, établir qu'il appartient à une minorité distincte et séparée, que cette minorité se définit par des caractéristiques analogues aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) et que la loi en question porte préjudice à cette minorité* ». Or, estime-t-elle (p. 1044), « *les personnes qui s'installent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjugés sociaux* » et « *il ne semble pas s'agir non plus d'un groupe «distinct et séparé»* ». La rigueur de cette approche, particulièrement à l'égard d'un droit fondamental, tel le droit de vote, peut également être opposée à la souplesse constatée dans l'appréciation des griefs liés à une distinction fondée sur l'âge lorsque celle-ci affecte les personnes âgées¹⁰⁸⁸.

L'affaire *Rodriguez* de 1993 soulevait un problème très délicat. La plaignante était atteinte de sclérose latérale amyotrophique et son état se détériorait rapidement. Elle ne souhaitait pas mourir tant qu'elle pouvait encore jouir de la vie, mais demandait qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdrait la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle choisirait. Elle estimait la disposition pertinente du code criminel, qui interdit l'aide au suicide, contraire à la Charte, en particulier à son article 7 (droit à la vie), mais également à l'article 15 (1)¹⁰⁸⁹. L'attitude des différents membres de la Cour suprême sur l'existence d'une discrimination sera radicalement différente et l'arrêt sera rendu par 5 voix contre 4¹⁰⁹⁰, les membres de la minorité exprimant eux-mêmes des positions diamétralement opposées sur l'applicabilité de l'article 15(1) de la Charte.

Les cinq juges de la majorité¹⁰⁹¹ estiment tout d'abord que la disposition en cause porte atteinte à l'article 7 de la Charte, mais est justifiée par les principes de justice fondamentale. S'agissant de l'article 15, la majorité estime (p. 613) qu'il « *est préférable en l'espèce de ne pas trancher les questions importantes et délicates soulevées par l'application de l'art. 15 de la Charte et de présumer plutôt que l'interdiction de l'aide au suicide (...) viole l'art. 15, puisque la violation, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la Charte* ».

¹⁰⁸⁸ Pour un autre refus de considérer le lieu de résidence comme un motif analogue, voy. l'arrêt *Siemens*, para. 48.

¹⁰⁸⁹ Cette disposition du code criminel créerait une discrimination fondée sur la déficience physique.

¹⁰⁹⁰ Confrontées à une question similaire, tant la Cour européenne (affaire *Pretty*) que la Cour suprême US (affaires *Quill* et *Glucksberg*) rendront, à l'unanimité, des arrêts concluant à l'absence de discrimination ; voy. *supra*.

¹⁰⁹¹ La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major.

Dissident, le juge en chef Lamer commence, lui, par examiner la compatibilité de la disposition avec l'article 15 (1) et conclut à la violation de celui-ci : « *En effet, j'estime que les personnes handicapées qui sont ou seront incapables de mettre fin à leur vie sans assistance font l'objet d'une discrimination par l'effet de cette disposition puisque, contrairement aux personnes capables de se donner la mort, elles sont privées de la possibilité de choisir le suicide* » (p. 544)¹⁰⁹². S'agissant de l'article premier, il conclut également à sa violation : « *À mon avis, les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif, la prévention d'abus éventuels, ne portent pas atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit à l'égalité consacré au par. 15(1) de la Charte* » (p. 544). Ayant atteint cette conclusion, il estime inutile d'examiner la compatibilité de la disposition en cause avec l'article 7 de la Charte. Le juge Cory partage l'analyse du juge en chef, mais conclut en outre à la violation de l'article 7 de la Charte.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont également dissidentes, mais pour des raisons opposées à celles du juge en chef. La juge McLachlin déclare en effet (p. 616) que l'article 15(1) n'est pas applicable au cas de la plaignante : « *j'ai lu les motifs du Juge en chef. Tout convaincant qu'ils soient, je suis d'avis qu'au départ, la présente affaire ne concerne pas une discrimination en vertu de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, et que la traiter comme telle risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15, qui consiste à corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne* »¹⁰⁹³. Examinant l'article 7, la juge McLachlin estime que la disposition en cause porte atteinte à l'article 7 de la Charte, que cette atteinte n'est pas justifiée par les principes de justice fondamentale et qu'en outre elle n'est pas justifiée non plus par l'article premier de la Charte.

Ce qui est intéressant dans cet arrêt, ce n'est peut-être pas tant le raisonnement « technique » de la majorité sur l'article 15(1) que les divergences entre juges qu'il révèle sur le rôle et la portée de l'article 15, et donc sur la place du principe d'égalité. Les quatre juges de la minorité se déchirent sur l'applicabilité même de ce principe en l'espèce, illustrant ainsi les difficultés que la Cour suprême éprouve¹⁰⁹⁴ pour déterminer avec précision le rôle du principe d'égalité dans le système constitutionnel canadien. Le raisonnement suivi par la majorité est également intéressant en ce qu'il se caractérise précisément par une absence complète d'analyse du caractère discriminatoire de la disposition. La majorité passe directement à l'examen de la justification de cette disposition, « préférant présumer »

¹⁰⁹² Il faut noter qu'il aboutit à cette conclusion au terme d'un examen très détaillé reprenant, point par point, les critères théoriques de l'arrêt *Andrews* (existence d'une inégalité, laquelle crée un désavantage aux membres d'un groupe identifiable fondé sur une caractéristique personnelle des membres de ce groupe).

¹⁰⁹³ Cette approche fondée sur l'appartenance ou non à un groupe traditionnellement défavorisé et sur l'existence ou l'absence d'une atteinte à la dignité humaine est systématiquement utilisée par la juge L'Heureux-Dubé ; voy. par exemple ses opinions dissidentes dans les arrêts *Gosselin* et *Walsh* de 2002.

qu'elle est discriminatoire. Mais cet examen n'en perd-il pas alors sa crédibilité et même son utilité ? En négligeant de se prononcer sur les questions *juridiques* de l'applicabilité de l'article 15 (1) et de l'existence d'une discrimination, la Cour suprême ne manque-t-elle pas à son rôle *juridique* primordial ? Et en se concentrant exclusivement sur la légitimité de la réglementation en cause et sur la proportionnalité des moyens mis en œuvre par le législateur, la Cour suprême ne risque-t-elle pas de se substituer au choix de société souverainement effectué par le législateur si cette analyse ne repose pas sur le constat *juridique* de l'existence d'une discrimination contraire à la Charte ¹⁰⁹⁵ ? Il faut toutefois concéder que c'est également un travers qui se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice à partir de 1993 (voy. *supra*)

L'arrêt *Eldridge*, de 1997, est également intéressant à mentionner, car il illustre bien l'approche de la Cour suprême en ce qui concerne les différences de traitement fondées sur le « handicap », et fournit un point de référence intéressant pour la Cour de justice lorsqu'elle sera appelée à interpréter l'article 2, paragraphe 2, b) ii) de la directive 2000/78/CE¹⁰⁹⁶.

Dans cette affaire, les plaignants arguaient que le fait de ne pas offrir des services d'interprètes gestuels¹⁰⁹⁷, en tant qu'avantage assuré dans le cadre du régime de services médicaux, viole l'article 15 (1) de la Charte. Ils se plaignaient de l'existence d'une discrimination découlant « d'effets préjudiciables », la loi étant, en principe la même pour tous. La « pierre angulaire » de la jurisprudence en cette matière, ainsi que le déclare elle-même la Cour suprême, est le fait que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une

¹⁰⁹⁴ Voy également ci-dessous.

¹⁰⁹⁵ La *House of Lords* britannique a été saisie en 2001 d'un cas quasiment identique à celui de Mme Rodrigues (*the Queen on the application of Mrs Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*). En s'appuyant, notamment, directement sur la solution dégagée par le Cour suprême, les cinq membres de la *House of Lords* ont également rejeté le recours de la plaignante. S'agissant de l'article 14 de la CEDH, ils ont essentiellement noté que celui-ci n'a pas d'existence autonome. Dès lors que la plaignante ne pouvait revendiquer l'application d'aucun des droits garantis par la Convention (articles 2 (droit à la vie), 3 (traitement inhumain) et 8 (droit au respect de la vie privée)), ils en ont conclu que l'invocation de l'article 14 était inopérante. La solution a été confirmée par le Cour européenne à l'unanimité, mais sur une autre motivation : l'existence d'une justification objective et raisonnable à l'absence de distinction juridique entre les personnes qui sont physiquement capables de se suicider et celles qui ne le sont pas (para. 89 de l'arrêt). Pour une critique de cet arrêt, voy. A. Pedain, « The Human Rights Dimension of the *Dianne Pretty Case* », *Cambridge Law Journal*, 2003, p. 181. *Contra*. J. Keown, « Death in Strasbourg – assisted suicide, the *Pretty case*, and the European Convention on Human Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 722.

¹⁰⁹⁶ « Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que: ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique ».

¹⁰⁹⁷ Cet arrêt peut être rapproché de l'arrêt *Clarke v. Catholic Education Office* de la Federal Court of Australia, voy. *infra*.

manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. Dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d'appliquer ce principe dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des «limites raisonnables».

Cela signifie donc que pour la Cour suprême, le « caractère raisonnable des accommodements » pourra le cas échéant justifier une discrimination, *préalablement constatée*. Le libellé de l'article pertinent de la directive 2000/78/CE semble plutôt indiquer que s'il est reconnu, pareil « caractère raisonnable » permettra à la mesure contestée de ne pas être jugée discriminatoire.

En l'espèce, la Cour suprême conclut d'abord à la violation de l'article 15 (1) : « *Le fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d'interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis par le par. 15(1) aux personnes atteintes de surdité* ». Appliquant ensuite, au sein de l'article premier, le « test de Oakes », elle déclare que « *le gouvernement n'a manifestement pas démontré qu'il était raisonnablement fondé à conclure que le refus complet de fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité constituait une atteinte minimale aux droits de celles-ci* »^{1098 1099}.

Sans l'affirmer ouvertement, l'attitude de la Cour suprême du Canada à l'égard des différents motifs de discrimination était donc fort contrastée, sans qu'il semble possible de déterminer pourquoi l'âge - lorsque sont visés des personnes âgées -, mais pas le handicap - lorsque est visée une personne souhaitant mourir dans la dignité - ou la résidence - lorsque est pourtant en cause le droit fondamental de participer à une élection -, justifie une approche plus rigoureuse.

II – Conséquences pratiques du rejet d'une approche aristotélicienne

¹⁰⁹⁸ *Comp. Clarke v. Catholic Education Office* de la Federal Court of Australie, dans laquelle était en cause le type d'arrangement raisonnable que devait assurer une école aux fins de permettre à un enfant sourd de naissance de participer pleinement aux cours dans les mêmes conditions que ses condisciples. La Federal Court jugea qu'était discriminatoire son refus de prévoir une assistance pour l'interprétation dans la langue des signes australienne (*Auslan*).

¹⁰⁹⁹ Il y a toutefois lieu de noter qu'en 2004 dans *Auton*, elle adoptera un raisonnement très différent et beaucoup moins favorable aux personnes handicapées. Dans cette affaire, le plaignant, jeune autiste, attaquait le refus de financement d'une thérapie, refus découlant de compressions budgétaires et du caractère controversé de la thérapie. Le raisonnement tenu dans *Eldridge* aurait probablement conduit au constat d'une discrimination, peut-être justifiée au titre de l'article 1^{er}, compte tenu de la nécessité pour le législateur de faire des choix dans les thérapies financières. La juge en chef McLachlin, écrivant pour l'ensemble des juges, s'écarte toutefois de ce raisonnement. Elle estime que l'exclusion d'un service de soins non essentiel ne peut constituer à elle seule une distinction fondée sur un motif énuméré, mais est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif, celui-ci n'ayant pas pour objectif de répondre à tous les besoins médicaux. (point 43). Un tel raisonnement semble rendre plus difficile la reconnaissance de l'existence d'une discrimination *en raison* du handicap, puisqu'il ne semble pas prendre réellement en compte les besoins spécifiques des personnes handicapées dans l'appréciation du caractère discriminatoire ou non d'un régime général de soins de santé.

Dans l'arrêt *Andrews*, le rejet de la conception aristotélicienne du principe d'égalité découlait notamment de la volonté de se démarquer radicalement de la conception antérieure que la Cour suprême se faisait de l'égalité (une femme enceinte ne peut invoquer sa grossesse comme motif de discrimination puisque toutes les femmes enceintes sont traitées de la même manière !). Ce rejet a parfois abouti dans la jurisprudence ultérieure à des situations dans lesquelles le raisonnement de la Cour suprême semble manquer d'une réelle assise théorique. Les affaires *Hess* (1990) et *Weatherall* (1993) peuvent illustrer cette constatation.

Dans *Hess*, deux hommes étaient inculpés pour avoir eu des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de 14 ans. La législation criminelle en cause prévoyant que seuls les hommes peuvent être accusés de cette infraction et que seules des femmes peuvent porter plainte¹¹⁰⁰, les plaignants estimaient que cette législation était contraire à l'article 15 (1) de la Charte. Une fois encore, les membres de la Cour suprême se déchirent sur l'existence même d'une discrimination et sur la manière d'aboutir à ce constat. L'arrêt fut rendu par sept voix contre deux, mais un des juges de la majorité appuya l'analyse des deux juges minoritaires sur l'article 15 (1).

Une « analyse aristotélicienne » de la question posée aurait dû répondre aux questions suivantes :
A) Un homme et une femme sont-ils dans une situation comparable vis-à-vis de l'infraction en cause ? La réponse doit, me semble-t-il, être positive, compte tenu de l'objectif essentiel reconnu de la législation contestée, à savoir protéger la société contre les problèmes sociaux que les rapports sexuels avec des enfants peuvent entraîner. Un homme ayant des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de 14 ans porte atteinte à l'intérêt légitime de la société de protéger les enfants contre des rapports sexuels précoces¹¹⁰¹ de la même manière qu'une femme ayant des rapports sexuels avec un jeune garçon de moins de 14 ans. B) Le traitement différencié réservé à ces deux situations comparables n'étant pas contesté, peut-il être justifié objectivement ?¹¹⁰² Une réponse positive à cette question semble défendable, compte tenu des différences objectives de situation, essentiellement biologiques, caractérisant les deux situations, puisque, notamment, seule la jeune fille peut tomber enceinte. C) Le traitement différencié étant objectivement justifié, il reste à voir si le moyen mis en œuvre pour atteindre l'objectif poursuivi respecte le principe de proportionnalité, dans la mesure où

¹¹⁰⁰ « Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui (...) a moins de 14 ans ».

¹¹⁰¹ En revanche, la question de savoir si le fait que les rapports sexuels entre un homme et un jeune garçon de moins de 14 ans n'est pas abordée par la disposition en cause du code criminel est discriminatoire au sens de l'article 15 (1) est répondue négativement par la Cour suprême, la majorité estimant qu'elle a trait à une *autre* réalité sociologique et à un *autre* intérêt légitime que doit protéger la société ; elle doit donc faire l'objet d'une *autre* disposition du code criminel. *Comp* : le *Writ of certiorari – summary disposition* dans l'affaire *Limon v. Kansas* (voy. *supra*), dans lequel la Cour suprême US aboutit à une conclusion inverse sans aucune motivation.

¹¹⁰² Je pars de la prémisse que le principe d'égalité permet la justification des distinctions de traitement directement fondées sur le sexe, bien que dans sa jurisprudence la Cour de justice ait, jusqu'à ce jour, conclu en sens inverse.

l'inculpé risque une peine de prison à vie. Cette dernière question suppose un examen, au moins en partie subjectif, dont la conclusion doit trouver sa justification dans la comparaison à faire entre d'autres types de comportements criminels condamnés par la législation canadienne et la punition que celle-ci leur réserve, eu égard à la hiérarchie des valeurs que le législateur canadien veut promouvoir¹¹⁰³.

La Cour suprême suit un raisonnement assez différent, mais la divergence de vues exprimées dans cet arrêt témoigne de son malaise et de ses réelles incertitudes quant aux fondements théoriques du concept d'égalité.

Le raisonnement tenu par quatre juges¹¹⁰⁴ de la majorité paraît étonnant dès lors qu'ils admettent¹¹⁰⁵ que l'objectif premier de la législation était bien la protection des jeunes adolescents contre des rapports sexuels précoces. Sans chercher à prétendre formellement que les hommes et les femmes qui ont des rapports sexuels avec des jeunes de moins de 14 ans ne sont pas dans des situations comparables, la juge Wilson déclare (p. 930) : « *à mon avis, il n'appartient pas à notre Cour en vertu du par. 15(1) de la Charte de décider si une femme qui choisit d'avoir des rapports sexuels avec un garçon de moins de quatorze ans mérite la même désapprobation sociale qu'un homme qui a des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans. Ces questions concernent directement le code de moralité sexuelle de la société et j'estime qu'elles relèvent du Parlement* ». Pareille déclaration laisse songeur. Mais en toute hypothèse, la majorité ne dit pas expressément, ni que l'homme et la femme ne sont pas dans une situation comparable ni que la différence de traitement est objectivement justifiée, se limitant à affirmer - et la pertinence *juridique* de cette affirmation paraît hasardeuse - que la femme ne commet pas un « acte physique qui peut être facilement assimilé à celui qu'un homme commet ».

Les deux juges dissidents¹¹⁰⁶ adoptent un raisonnement très différent. Ils estiment tout d'abord que les deux conditions pour pouvoir constater l'existence d'une discrimination sont remplies : existence d'une inégalité de traitement, laquelle crée un désavantage pour les membres d'un seul groupe fondé sur une caractéristique personnelle (le sexe). Cette discrimination est toutefois justifiée par l'article premier. Mais s'agissant de l'argument que les hommes ne constituent pas une « minorité discrète et isolée », seule digne de protection selon la jurisprudence *Andrews-Turpin*, ils affirment « *qu'il n'y a*

¹¹⁰³ A cet égard, il semble qu'il pourrait être soutenu que l'absence de poursuite possible dans un cas et la sévérité de la peine dans l'autre incitent à conclure à l'absence de proportionnalité du moyen utilisé pour atteindre l'objectif légitime poursuivi.

¹¹⁰⁴ Juge en chef Lamer, Wilson, LaForest et L'Heureux-Dubé.

¹¹⁰⁵ Cette admission se fait dans le cadre de la question préalablement examinée de savoir si l'atteinte à la liberté (garantie par l'article 7 de la Charte) peut être justifiée par l'article premier.

¹¹⁰⁶ Gonthier et McLachlin, auxquels se joint le juge Sopinka (mais qui appuie la majorité quant à la conclusion finale).

rien dans cet arrêt [Turpin] qui signifie qu'il faille soustraire les hommes à la protection que confère l'art. 15 parce qu'ils ne constituent pas une « minorité discrète et isolée » qui est défavorisée indépendamment de la disposition législative examinée » (pp. 943 et 944). Cette affirmation est intéressante puisqu'elle semble contester la nécessité, pourtant affirmée dans *Andrews*, d'appartenir à une telle minorité pour bénéficier de la protection de l'article 15 (1)¹¹⁰⁷. Concernant l'article premier, les juges minoritaires estiment que la discrimination est justifiée car « la différenciation des personnes de sexe masculin comme seuls contrevenants se justifie par le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent causer des grossesses, qui sont l'un des maux principaux auxquels [le texte en cause] cherche à remédier. La protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin, peut se justifier par le même motif: seules les personnes de sexe féminin peuvent devenir enceintes » (p. 957).

L'affaire *Weatherall* illustre peut-être encore mieux les faiblesses théoriques de certains arrêts de la Cour suprême engendrées par son rejet de la conception aristotélicienne de l'égalité. Le plaignant était détenu dans une prison fédérale et se plaignait d'avoir à subir des « fouilles par palpation » (*strip searches*) par des gardiennes, alors que de telles fouilles sur des détenues ne pouvaient être faites que par des gardiennes.

Une analyse aristotélicienne de la question aurait dû mener à la conclusion suivante. Détenus et détenues sont placés dans une situation comparable, au regard de la nécessité de fouille par palpation par un gardien du sexe opposé, mais la différence de traitement répond à des différences morphologiques objectives mises en évidence par un comportement stéréotypé¹¹⁰⁸ différent. Le traitement différencié a donc une justification objective respectant le principe de proportionnalité, car le moyen mis en œuvre est approprié et nécessaire^{1109 1110}.

La Cour suprême, à l'unanimité, adopte un raisonnement dont la fragilité juridique paraît évidente (p. 877) : « La jurisprudence de notre Cour est claire: l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et, en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des

¹¹⁰⁷ Cette affirmation sera d'ailleurs contredite explicitement dans un arrêt ultérieur, *Généreux* (voy. ci-dessus).

¹¹⁰⁸ Il est peu contesté, sociologiquement, que, de manière générale, l'attitude d'un homme procédant à une fouille par palpation sur une femme ou faisant au contraire l'objet d'une telle fouille par une femme sera différente de celle de la femme procédant à une telle fouille sur un homme ou étant l'objet de celle-ci par un homme.

¹¹⁰⁹ Dans la mesure où il ne semble pas exister un autre moyen de mise en œuvre.

¹¹¹⁰ Comme pour l'affaire *Hess*, je pars de la prémisse que le principe d'égalité permet la justification des distinctions de traitement directement fondées sur le sexe.

agents du sexe féminin sont affectées à la garde d'hommes détenus. La réalité du rapport entre les sexes est telle que la tendance historique à la violence des hommes envers les femmes ne trouve pas son pareil dans le sens inverse, c'est-à-dire en ce sens que les hommes seraient les victimes et les femmes les agresseurs. Biologiquement, la fouille par palpation ou la vérification de la poitrine d'un homme par un gardien du sexe féminin ne soulève pas les mêmes préoccupations que la même fouille effectuée par un gardien du sexe masculin sur une détenue. En outre, dans la société, les femmes sont généralement défavorisées par rapport aux hommes. Dans ce contexte, il devient évident que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes et représente une plus grande menace pour ces dernières. Il se peut donc que le traitement différent auquel l'appelant s'oppose ne soit nullement discriminatoire ».

En outre, ajoute-t-elle immédiatement, « même si l'on considérait que ce traitement différent viole le par. 15(1), les pratiques en question sont sauvegardées par l'article premier de la Charte (...). La réalisation des objectifs gouvernementaux importants de la réadaptation des détenus et de la sécurité de l'établissement est favorisée par l'effet humanisant de la présence des femmes dans ces postes ».

Une fois encore, la Cour suprême, de par le rejet du principe aristotélicien d'égalité, se place dans une situation où elle éprouve les pires difficultés à expliquer le fondement théorique de son raisonnement¹¹¹¹, et n'en donne d'ailleurs aucun, se limitant à avancer quelques considérations sociologiques générales, puis à affirmer que, de toute façon, l'objectif poursuivi par le législateur est important et conforme au principe de proportionnalité.

§ 3 - Discriminations directes et indirectes, une distinction sans conséquence

Dans *Andrews*, la Cour suprême n'a pas établi de distinction entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte ». Progressivement, et en se fondant sur une jurisprudence antérieure à *Andrews* rendue à propos du *Code ontarien des droits de la personne*¹¹¹², elle va progressivement affiner sa conception de ces deux notions.

¹¹¹¹ Il est notamment difficile de comprendre en quoi le fait que les femmes seraient traditionnellement défavorisées par rapport aux hommes dans la société canadienne expliquerait ou justifierait qu'il serait « évident dans ce contexte » que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes.

¹¹¹² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, arrêt relatif à une discrimination fondée sur la religion (obligation de travailler le samedi alors que la religion de la plaignante lui prescrit l'observance stricte du sabbat). Dans son arrêt, la Cour suprême déclara que « dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise. Le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification. Lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, doit sacrifier, soit ses principes religieux, soit son emploi ». Cette conclusion pourrait elle-même toutefois être discutée.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Symes* (1993), la Cour suprême déclare (p. 755) « *qu'une loi peut être discriminatoire même si elle n'est pas directement ou expressément discriminatoire. En d'autres termes, le par. 15(1) vise aussi la discrimination par suite d'un effet préjudiciable* » et rappelle que dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, elle a mis en contraste la « discrimination directe » et la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable » dans le contexte de l'emploi. Elle définit ensuite ce second type de discrimination comme suit : « *Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés* ». Cette définition est assez proche de celle de la « discrimination indirecte » que l'on retrouve en droit communautaire.

Trois mois avant l'arrêt *Symes*, le juge en chef Lamer avait, lui aussi, évoqué, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Rodriguez* (p. 548); la distinction entre la « discrimination volontaire ou directe » et la « discrimination involontaire ou indirecte » en s'appuyant sur l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.* Dans l'arrêt *Miron* de 1995, la juge McLachlin « théorise » quelque peu la distinction en déclarant (p. 494) que « *la discrimination reprochée est directe; il ne s'agit pas de discrimination indirecte de par l'effet de la loi, par opposition à son libellé même* »

Les différents membres de la Cour suprême qui ont pris position sur cette question, que ce soit dans *Symes*, *Rodriguez* ou *Miron*, ont prétendu que la distinction était déjà présente dans l'arrêt *Andrews*. La formulation de ce dernier arrêt ne semble pourtant pas laisser transparaître aussi clairement cette conclusion. En toute hypothèse, si la jurisprudence ultérieure n'a pas procédé à une extension formelle de l'interdiction de discrimination énoncée dans cet arrêt, elle n'en a pas moins, semble-t-il, précisé les contours en énonçant explicitement que les deux types de discrimination pouvaient être contraires à l'article 15 (1). La Cour suprême n'en tire toutefois aucune conséquence sur le plan des justifications possibles : dès lors qu'une réglementation est jugée, directement ou indirectement, discriminatoire et donc contraire à l'article 15 (1), elle peut être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. Jusqu'au début des années nonante (arrêt *Bachmann*), la Cour aboutissait à une conclusion diamétralement opposée à partir du même constat dans la libre circulation des personnes et des services : qu'elle soit directe ou indirecte, une discrimination n'est pas justifiable.

Section 2 – La reformulation de la méthode fondée sur l’atteinte à la dignité humaine

L’arrêt *Law* (§ 1) marque un jalon très important dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, dans la mesure où c’est dans celui-ci qu’elle essaya de redéfinir les principes guidant son interprétation de l’article 15 (1). Toutefois, pas plus que durant la décennie précédente, sa méthode d’analyse ne peut échapper à une critique sévère (§ 2). La confirmation du caractère factice de la distinction entre discriminations directe et indirecte et l’attribution d’un rôle limité à l’action positive constituent néanmoins des sources de réflexion intéressantes (§ 3).

« En fait, au cours de la courte période de l'interprétation du par. 15(1) de la Charte par notre Cour, plusieurs changements de fond importants sont survenus en droit de l'égalité, notamment à l'égard de la signification de la discrimination par suite d'effets préjudiciables, du rôle du contexte dans la détermination de la discrimination de façon plus générale, et des indices de l'existence d'un motif analogue. Tous ces changements ont été amenés par l'évolution de la façon dont notre Cour a compris l'objet de la protection du droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). Ils ont tous nourri et enrichi la jurisprudence qui a condamné la discrimination en se fondant sur la Charte. Tout au long de ces changements, bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions parmi les juges de notre Cour relativement à l'interprétation appropriée du par. 15(1), je crois qu'il est juste de dire qu'il y a eu, et qu'il y a toujours, un consensus général sur les principes fondamentaux portant sur l'objet de ce paragraphe et sur la façon appropriée d'aborder l'analyse relative à l'égalité. J'estime que le présent pourvoi nous fournit une belle occasion de résumer et de commenter ces principes fondamentaux afin de fournir aux tribunaux un ensemble de lignes directrices qui leur servira lorsqu'ils devront analyser une allégation de discrimination fondée sur la Charte ».

§ 1 – L’arrêt *Law*

C’est en ces termes que le juge Iacobucci exprima, au nom de tous les membres de la Cour suprême présents dans cette affaire¹¹¹³, les raisons expliquant pourquoi la Cour suprême sentit en 1999 le besoin d’expliquer à nouveau la méthode d’analyse devant guider les tribunaux dans l’interprétation de l’article 15 (1). Parmi celles-ci, il convient de souligner le fait que la Cour suprême reconnaît que des « divergences d’opinion » ont jalonné ces dix années d’application de *Andrews* et que les principes dégagés dans cet arrêt ont été précisés, affinés, étendus dans la jurisprudence postérieure, même si les opinions formulées dans celle-ci semblent parfois vouloir donner l’impression qu’une application stricte est faite de cet arrêt.

¹¹¹³ Le juge en chef Lamer et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, MacLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

L'époux de la plaignante, Mme Law, est décédé en 1991, après avoir cotisé pendant plus de vingt ans au régime de pensions du Canada (ci-après *RPC*). Après ce décès, la plaignante a sollicité le versement de prestations de survivant. Sa demande fut rejetée au motif que lors du décès de son mari, elle avait moins de trente-cinq ans, n'était pas invalide et n'avait aucun enfant à charge. Elle alléguait que ce refus créait à son encontre une discrimination fondée sur l'âge contraire à l'article 15 (1) de la Charte.

I – Méthode à suivre et objet de l'article 15 (1)

« Bref, l'arrêt Andrews a donc établi qu'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la Charte comporte trois éléments clés: une différence de traitement, un motif énuméré ou un motif analogue et la présence de discrimination réelle, comprenant des facteurs comme les préjugés, les stéréotypes et les désavantages. Comme l'ont souligné à maintes reprises les juges qui se sont prononcés, pour déterminer si chacun de ces éléments se retrouve dans une affaire donnée, il est d'une importance capitale de toujours tenir compte de l'ensemble des contextes social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée » (para. 30)

Ce bref rappel illustre une fois encore que pour la Cour suprême, outre la présence d'un « motif énuméré ou analogue », ce qui est crucial pour établir l'existence de ce qu'elle appelle ici une discrimination *réelle*, c'est que la distinction de traitement fasse intervenir des facteurs tels que les préjugés et les stéréotypes, l'analyse devant en outre à chaque fois tenir compte de l'ensemble du contexte dans lequel l'allégation est formulée.

Le juge Iacobucci résume dès lors la « méthode d'analyse *Andrews* », telle qu'affinée par la jurisprudence postérieure, comme suit (para. 39) : *« le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la Charte pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1) ».*

Se nourrissant des réflexions formulées par divers juges dans la jurisprudence de la décennie écoulée, la définition donnée par le juge Iacobucci de « l'objet » de l'article 15 (1) est la suivante (para. 51) : « *On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne* ».

Une fois encore cette définition de « l'objet » du principe d'égalité illustre la vision de la Cour suprême quant à la notion d'égalité : la promotion des groupes défavorisés ou traités de manière stéréotypés dans la société canadienne et la place fondamentale de « l'atteinte à la dignité humaine » dans le raisonnement à suivre. Mais même avec un tel rappel, il n'est guère aisé de justifier pourquoi des médecins âgés de plus de 65 ans (arrêt *Stoffman*) peuvent prétendre être victimes d'une discrimination, alors qu'une personne handicapée et souhaitant mourir de façon digne (arrêt *Rodriguez*) ne le peut pas.

II – Éléments essentiels de la nouvelle approche

Le juge Iacobucci évoque ensuite le caractère relatif du concept d'égalité, le tribunal saisi devant établir une différence de traitement « par comparaison » avec une autre personne ou un autre groupe. Ce point n'a pas fait l'objet de développements dans l'arrêt *Andrews*. Il semble que l'on peut même avancer que la question du « comparateur » n'a guère retenu l'attention de la Cour suprême pendant la décennie qui a suivi cet arrêt¹¹¹⁴.

¹¹¹⁴ Pourtant, comme l'a fort justement indiqué B. Vizkelety (pp. 231-232) à propos de l'arrêt *Thibaudeau*, le choix du bon comparateur est un « facteur déterminant ». C'est parce qu'elle a, dans cette affaire, modifié le groupe à comparer, que la Cour suprême a pu s'affranchir de l'examen de l'existence d'une discrimination « par

1) Le choix du comparateur

L'approche retenue dans l'arrêt *Law* sur ce point mérite que l'on s'y arrête : « *Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes* » (para. 58).

Cette position peut paraître surprenante. Elle semble en effet faire dépendre, de manière essentielle, le choix du comparateur approprié de l'approche choisie par le plaignant. Pareil choix a pour conséquence de réduire d'autant la tâche du tribunal saisi. Or, le choix du comparateur approprié fait partie intégrante du raisonnement *juridique* pouvant mener le cas échéant au constat d'une discrimination. Il s'agit donc d'une tâche qui devrait incomber prioritairement, sinon exclusivement, au juge. La position de la Cour suprême peut peut-être s'expliquer par le rôle essentiel attribué au critère de « l'affectation de la dignité humaine » dans le raisonnement mené au titre de l'article 15 (1), c'est-à-dire à un élément éminemment subjectif¹¹¹⁵.

La Cour suprême conforte d'ailleurs cette impression lorsque, immédiatement après (para. 60), elle déclare que la « perspective appropriée » pour établir la discrimination doit être celle de « *la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur* ». Le juge Iacobucci se dit conscient de « la controverse qui existe au sujet du parti pris inhérent à certaines applications de la norme de la « personne raisonnable » », mais s'estime néanmoins convaincu du bien-fondé de celle-ci. Il faut toutefois noter qu'en 2004 dans l'arrêt *Hodge c. Canada*, la Cour suprême du Canada précisera de manière expresse que la justesse du choix du bon comparateur « est une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher », lorsqu'elle estime que le groupe choisi par le plaignant est

suite d'un effet préjudiciable » au détriment des plaignants – allégation d'une discrimination subie, dans le domaine de l'imposition directe, par les parents élevant seuls leurs enfants, eu égard à l'obligation d'inclure dans leur déclaration les pensions alimentaires reçues pour ces enfants.

¹¹¹⁵ M. McCarthy et J. Radbord : « A mirage or an oasis? Giving substance to substantive equality », *Canada Watch*, 2000, vol. 8, n° 1-3, p. 20, soulignent également que l'emphasis mise sur le comparateur considéré du point de vue du plaignant s'explique par sa volonté de résister aux appels d'une partie de la doctrine à adopter la conception aristotélicienne de l'égalité.

erroné¹¹¹⁶, tout en confirmant que le « premier choix » du groupe comparateur incombe bien au plaignant.

2) Les facteurs contextuels

Le juge Iacobucci évoque essentiellement quatre facteurs : a) *le désavantage préexistant* (c'est le « facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire », para. 63) ; b) *le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur* (« l'accent doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la mesure a pour effet de violer la dignité humaine. Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1) », para. 70) ; c) *l'objet ou l'effet d'amélioration* (« un autre facteur qui pourra s'avérer important est l'objet ou l'effet d'amélioration des dispositions législatives ou autres mesures étatiques contestées eu égard à une personne ou un groupe plus défavorisés dans la société », para. 72) ; d) *la nature du droit touché* (« toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences [...] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la Charte », para. 74).

L'arrêt *Law* illustre l'affirmation qu'il ne peut certes pas être reproché à la Cour suprême du Canada de ne pas avoir construit un ensemble de règles théoriques devant guider son interprétation du concept de non-discrimination de l'article 15 (1). En dépit du caractère extrêmement détaillé de ces facteurs contextuels, on peut toutefois s'interroger sur leur pertinence – l'existence ou l'absence d'un *désavantage préexistant* doit-il réellement être le facteur le plus concluant pour permettre le constat d'une discrimination, car n'implique-t-il pas dans ce cas qu'un homme ne pourra vraisemblablement jamais prétendre être victime d'une discrimination ? – ou leur objectivité – comment une cour, même

¹¹¹⁶ Dans cette affaire, l'intéressée avait vécu en union de fait avec une autre personne avant de se séparer définitivement de ce dernier quelques mois avant la mort de celui-ci. Elle réclamait l'octroi d'une pension de survivant. Toutefois, selon les termes de la législation applicable, la définition de « conjoint » utilisée par cette législation exige que le conjoint de fait, mais pas le conjoint marié, vive avec la personne ayant cotisé avant la décès et ce, depuis au moins un an. Dans son opinion écrite pour l'ensemble des juges, le juge Binnie admet (para. 18) que « le choix en apparence simple d'un groupe de comparaison s'est révélé être le talon d'Achille de diverses décisions récentes. Dans d'autres décisions, le choix du groupe de comparaison a donné lieu à de longs débats judiciaires. La question du caractère approprié du « groupe de comparaison » proposé par un demandeur a donc soulevé un litige important dans une bonne partie de la jurisprudence ». En l'espèce, la Cour suprême du Canada constate qu'au moment du décès de la personne ayant cotisé, l'intéressée n'était pas un conjoint de fait, mais un *ancien* conjoint de fait, de sorte que le groupe comparateur ne devait pas être constitué

une cour suprême peut-elle réellement prétendre pouvoir établir de manière juridiquement sûre le rapport entre le motif de différenciation et la situation personnelle de l'intéressé, c'est-à-dire vérifier que ce motif de différenciation affecte sérieusement sa dignité humaine ?

III – Application à Mme Law et synthèse

Le choix par la Cour suprême de l'affaire *Law* pour consolider les principes directeurs de sa jurisprudence sur l'article 15 (1) étonne dès lors que plusieurs des longues considérations théoriques élaborées dans la première partie de son arrêt ne connaissent pas de prolongement pratique dans la suite de celui-ci.

Elle constate tout d'abord qu'il y a bien *différence de traitement* entre catégories de personnes selon leur âge (para. 90) : « *Ainsi, en raison des âges qui y sont mentionnés, le RPC établit clairement une distinction entre, d'une part, les demandeurs âgés de plus de 35 ans et ceux qui n'ont pas encore atteint cet âge et, d'autre part, les demandeurs qui ont plus de 45 ans et ceux qui ont entre 35 et 45 ans* ». Elle ne cherche toutefois pas à établir, contrairement à ce qu'enseignait la jurisprudence *Turpin*, si cette distinction de traitement crée un *désavantage* pour les personnes âgées de moins de 35 ans. Elle passe tout de suite à la vérification que la différence de traitement est fondée sur un « motif énuméré ou un motif analogue » et constate que tel est le cas¹¹¹⁷. Elle examine ensuite si cette différence de traitement fondée sur un « motif énuméré » crée une « discrimination réelle ». Elle estime que pour répondre à cette question, il faut se poser la question de savoir si les dispositions contestées du RPC ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité humaine, par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux. A cette question, elle répond (para. 102-103) : « *À sa face même, la loi traite différemment ces personnes plus jeunes, mais, si elle est analysée du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse, la différence de traitement ne traduit ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération. (...) Le fait que le régime de pensions a clairement pour objet d'améliorer la situation des conjoints survivants âgés constitue un autre facteur à l'appui de l'opinion que les dispositions contestées du RPC ne portent pas atteinte à la dignité humaine essentielle* ». En réalité, ajoute-t-elle (para. 105), « *en l'espèce, l'appelante est favorisée en raison de son jeune âge. Elle conteste la validité d'un texte de loi ayant un objet et des*

des conjoints mariés, mais des *anciens* conjoints mariés. Or, constate également la Cour suprême du Canada, les anciens conjoints mariés et les anciens conjoints de fait sont traités de la même manière.

¹¹¹⁷ La Cour suprême émet en outre quelques considérations intéressantes, eu égard au fait que la plaignante n'avait pas invoqué une éventuelle discrimination liée aux deux critères évoqués, soit « être invalide » et « avoir des enfants à charge », pour rejeter sa demande de prestation de survivant. La Cour suprême déclare (para. 93) qu'il n'y a aucune raison de principe pour laquelle une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs ne pourrait pas être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1).

fonctions égalitaires et dont les dispositions correspondent dans une très large mesure aux besoins et à la situation des personnes ciblées. Aucun autre facteur ne donne à penser que ces dispositions portent atteinte à sa dignité de jeune adulte, tant dans leur objet que dans leurs effets ». Elle conclut dès lors que « *dans ces circonstances, compte tenu des objectifs du par. 15(1), (elle) ne parvien(t) pas à déceler une atteinte quelconque à la dignité humaine ».*

L'impression majeure qui se dégage de cet arrêt est l'accent encore plus fort mis sur le rôle crucial joué par « l'atteinte à la dignité humaine ». Une telle mise en exergue de ce critère n'est toutefois pas sans poser problème. En effet, dans ses développements théoriques généraux, le juge Iacobucci déclare que la « dignité humaine » vise « la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination » et « signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi » (para. 53). Pareilles considérations semblent faire la part belle au point de vue du plaignant, confirmant ainsi ses affirmations quant à la manière de choisir le bon comparateur (voy. *ci-dessus*). Sur une telle base, il ne semblerait pas outrancier de prétendre que Mme Law pourrait, à tout le moins subjectivement, estimer qu'il est porté atteinte à sa dignité. En réalité, bien qu'elle affirme la valeur déterminante de ce critère de la « dignité humaine personnelle », regardée du point de vue subjectif du plaignant, la Cour suprême y substitue intégralement sa propre approche subjective tout en « dissimulant » celle-ci derrière l'approche, présentée comme objective, de la « personne raisonnable »¹¹¹⁸. A cet égard, la prétention de cohérence entre son approche retenue dans la trilogie *McKinney-Stoffman-Tetraault-Gadoury* et celle choisie dans l'affaire *Law* à propos d'une même allégation de discrimination fondée sur l'âge ne paraît pas pouvoir résister à un examen juridique sérieux.

Sur le plan de la « méthode d'analyse », on peut retenir que la Cour suprême a tenté de synthétiser les différents affinements apportés tout au long de la décennie écoulée en résumant la « méthode d'analyse *Andrews* » à trois questions : (1) existe-t-il une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes en raison de caractéristiques personnelles ? (2) La différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (3) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'en le privant d'un avantage ou en lui imposant un fardeau, elle porte atteinte à sa dignité (c'est-à-dire qu'elle perpétue l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération) ?

Sur le plan des principes, la conclusion qui semble pouvoir être tirée de cet arrêt est que la Cour suprême apparaît plus que jamais très soucieuse de construire ses arrêts sur base de principes

théoriques extrêmement détaillés. A cet égard, il ne peut faire aucun doute qu'aucune autre juridiction suprême dont la jurisprudence est étudiée dans la présente thèse – Cour de justice, Cour européenne, US Supreme Court, High Court et Federal Court – n'a entrepris de se livrer à un pareil exercice théorique. L'étude de sa jurisprudence de la décennie ayant suivi *Andrews* a toutefois montré que l'application pratique de ces constructions théoriques très détaillées a connu de nombreux soubresauts. L'examen de sa jurisprudence postérieure à l'arrêt *Law* confirme ce constat¹¹¹⁹.

§ 2 – Les impasses de la méthode

Il n'est pas à exclure que dans *Law* la Cour suprême ait tenté, par un arrêt pris à l'unanimité, de mettre fin aux prises de position parfois radicalement opposées exprimées par ses membres depuis l'arrêt *Andrews* sur certains points essentiels de celui-ci, et ainsi mieux convaincre de la solidité juridique de la méthode d'analyse qu'elle y avait développée.

A la lecture du premier arrêt ayant suivi l'arrêt *Law*, on peut cependant se demander si elle est parvenue à ses fins. Dans l'arrêt *Corbiere*, rendu moins de deux mois après *Law*, les neuf membres de la Cour suprême vont se diviser, 5 contre 4, sur la signification même du rôle joué par les « motifs énumérés ou analogues ».

I – L'arrêt *Law*, un arrêt diversement interprété

La *Loi sur les Indiens* fixe les conditions d'exercice du droit de vote pour les bandes indiennes dont le régime électoral est régi par les dispositions de la loi. Aux termes de cette loi, a qualité pour voter tout membre de la bande qui est âgé d'au moins dix-huit ans et « réside ordinairement sur la réserve ». Les plaignants arguaient que moins d'un tiers des membres inscrits des bandes vivent dans les réserves. Ils estimaient donc discriminatoire la condition de résidence dans les réserves.

Tout en se rejoignant dans la réponse finale à donner à cette affaire, les membres de la Cour suprême vont apporter deux réponses opposées quant au rôle joué par les « motifs énumérés ou analogues ».

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache sont certes d'accord avec les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie pour considérer que « l'autochtonité-lieu de

¹¹¹⁸ D. Beatty, « Canadian Constitutional Law in a Nutshell », 36 *Alberta Law Review*, (1998), a dénoncé, de manière générale, le raisonnement subjectif sur lequel s'appuie la Cour suprême pour parvenir à une décision qu'elle estime juste (*the « results oriented » approach*).

résidence » constitue bien un « motif analogue » au sens de l'article 15 (1). Leurs positions divergent en revanche quant à la conclusion qu'il faut en tirer en l'espèce. Les premiers considèrent que les « motifs énumérés ou analogues » sont invariables, immuables, c'est-à-dire, par exemple, que le sexe est toujours un motif de discrimination même si les distinctions fondées sur ce motif ne seront pas toujours discriminatoires. Pour eux, « ce n'est pas le *motif* en tant que tel qui varie d'une affaire à l'autre, mais plutôt la réponse à la question de savoir si une distinction fondée sur un motif susceptible de reconnaissance sur le plan constitutionnel est *discriminatoire* » (para. 9). À l'inverse, les seconds considèrent que « l'étape des motifs analogues *doit être faite en fonction de l'objet et du contexte* » (para. 59), ce qui signifie que, suivant les circonstances, un motif jugé analogue dans une affaire pourrait ne pas être jugé tel dans une autre en fonction du contexte particulier de celle-ci.

Cette seconde position me paraît erronée pour les motifs avancés par les juges McLachlin et Bastarache. Elle aboutit en outre à rendre encore plus subjectif le raisonnement à tenir par la Cour suprême, alors qu'au contraire il gagnerait en rigueur s'il était plus objectif. Il y a lieu encore de noter que les motifs donnés par le juge Binnie pour l'ensemble des autres juges dans l'arrêt *Granovsky* en 2000 ajoutent à la confusion. Le juge Binnie déclare en effet que si certains motifs, tels l'origine ethnique ou le sexe sont « nettement immuables », tel n'est pas le cas de la « déficience physique » par exemple¹¹²⁰.

II – Limites de l'approche fondée sur le raisonnement « d'une personne raisonnable »

L'arrêt *Law* a consacré l'importance primordiale de la notion de « personne raisonnable » et du raisonnement que tiendrait – ou devrait tenir celle-ci – dans la détermination de l'existence ou de l'absence d'une discrimination. Les arrêts *Delisle* et *Winko* illustrent bien la pensée de la Cour suprême sur cette « perspective de la personne raisonnable ».

1) L'arrêt *Delisle*, la description du raisonnement

M. Delisle est membre de la Gendarmerie Royale du Canada (ci-après GRC). La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* soustrait les membres de la GRC à l'application de cette loi. L'intéressé estima que cette exclusion contrevenait à l'article 15 (1) de la Charte¹¹²¹, car elle le privait « du bénéfice de la loi ». La Cour suprême rejette sa requête au motif que « le statut

¹¹¹⁹ Comme l'ont écrit C.D. Bredt et N. Nishisato, « The Supreme Court's new equality test: A critique », *Canada Watch*, 2000, vol. 8, n° 1-3, p. 16, « the new test relies heavily on « context », is overly complex and accordingly is difficult for trial judges to apply ».

¹¹²⁰ Affirmation déjà formulée dans l'arrêt *Eaton* (para. 69) : « Il s'ensuit que la déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Par contre, quand il s'agit de déficience, il existe des différences énormes selon l'individu et le contexte ».

¹¹²¹ Ainsi qu'à ses articles 2b) (liberté d'expression) et 2d) (liberté d'association).

*professionnel ou l'emploi des membres de la GRC [ne] sont [pas] des motifs analogues » (para. 44). Mais le juge Bastarache ajoute que « plus encore » cette exclusion n'est pas discriminatoire, car « je suis d'avis qu'une personne raisonnable dans la position de l'appelant jugerait que c'est parce que les membres de la GRC exercent une fonction cruciale dans le maintien de l'ordre lors des conflits qui peuvent survenir dans la société que le législateur les a distingués des autres employés de la fonction publique. Que cette perception soit exacte ou non, elle ne porte pas atteinte à la dignité de l'appelant et elle ne repose pas sur une caractéristique attribuée de manière stéréotypée au groupe des policiers » (para. 45)¹¹²². La conclusion est, en elle-même, défendable. La perspective utilisée, celle de la « personne raisonnable », et sa formulation restent malgré tout surprenantes. La Cour suprême ne devrait-elle pas forger sa conclusion sur sa propre appréciation juridique de l'existence d'une discrimination, plutôt que de recourir à la perspective éminemment subjective d'une « personne raisonnable »¹¹²³ quasi virtuelle ? En outre, la formulation même de son raisonnement semble tendre à considérer comme « déraisonnable » toute personne dont l'allégation de discrimination est rejetée. L'arrêt *Winko*, illustre les limites de cette approche.*

2) L'arrêt *Winko*, un malade mental, une personne raisonnable ?

Dans l'affaire *Winko*, le plaignant était atteint de maladie mentale et traité en milieu hospitalier. En 1983, il avait été arrêté après avoir agressé deux personnes avec un couteau et poignardé l'une d'elles. Lors de son jugement, un verdict de « non-responsabilité criminelle » fut prononcé. Dans un tel cas, le code criminel prévoit que le tribunal ou la commission d'examen peut ordonner la remise en liberté inconditionnelle de l'individu ou une remise en liberté sous réserve de modalités. C'est cette seconde décision qui fut prise à l'égard de M. Winko. Ce dernier considéra que cette décision contrevenait, notamment, à l'article 15 (1) de la Charte. A juste titre, me semble-t-il, la Cour suprême, à l'unanimité, rejette sa requête. La formulation de son raisonnement est malgré tout intéressante et montre l'absurdité à laquelle peut parfois mener le recours à la « perspective de la personne raisonnable ».

La Cour suprême constate d'abord l'existence d'une distinction de traitement reposant sur un motif spécifiquement énuméré à l'article 15 (1) de la Charte, à savoir « la déficience mentale ». Appliquant mécaniquement la jurisprudence *Law*, elle passe ensuite à la vérification de l'existence d'une « discrimination réelle » en recourant à la « perspective de la personne raisonnable » : « la personne raisonnable, objective, bien informée des circonstances et dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur, ne trouverait pas cette disposition

¹¹²² Dans son opinion concurrente, la juge L'Heureux-Dubé déclare de même (para. 8) qu'« une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur ne considérerait pas que l'exclusion du régime de la [Loi] porte atteinte à sa dignité en tant qu'être humain ».

discriminatoire » (para. 97). Pareille déclaration laisse réellement pantois. Le plaignant était atteint de déficience mentale et souffrait de schizophrénie récurrente. La perspective de la « personne raisonnable » *dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable* a-t-elle encore un sens dans un tel cas ?

La Cour suprême est certainement consciente des carences de son raisonnement centré sur la perspective de la « personne raisonnable ». Ainsi, en 2004, dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, était en cause la constitutionnalité d'une disposition du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. Dans l'opinion qu'elle rédige pour la majorité¹¹²⁴, la juge en chef McLachlin reconnaît ainsi que « *appliqué au cas où le demandeur serait un enfant, ce critère risque fort de nous conduire à l'hypothèse fantaisiste de l'enfant d'âge préscolaire, bien informé et raisonnable. Le mieux que nous puissions faire est d'adopter la perspective de la personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement* » (point 53). Elle ajoute néanmoins qu'une telle affirmation n'autorise toutefois pas un tribunal à ne pas tenir compte du point de vue subjectif de l'enfant, de sorte que cet arrêt ne dissipe pas la perplexité que l'on peut ressentir face à l'approche générale de la Cour suprême.

III – Crédibilité du raisonnement fondé sur « l'atteinte à la dignité humaine »

Si la perspective de la personne raisonnable est celle qui guide la Cour suprême du Canada dans son appréciation de l'existence ou de l'absence d'une discrimination, cette dernière ne pourra être établie que s'il peut être démontré que la différence de traitement affecte la dignité humaine du requérant. Pareille exigence est-elle juridiquement crédible ?

1) Une approche surréaliste ?

L'arrêt *Winko* est également remarquable pour le caractère quelque peu surréaliste qu'implique le rejet par la Cour suprême de la thèse aristotélicienne de l'égalité au profit du critère de « l'affectation de la dignité humaine ».

Le groupe auquel le plaignant se comparait était composé des personnes déclarées coupables ne faisant pas l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle, c'est-à-dire les personnes jugées saines d'esprit. Une analyse aristotélicienne aurait d'emblée souligner que ces deux groupes ne se trouvent pas dans une situation comparable eu égard à la poursuite des objectifs de la législation en

¹¹²³ Une personne idéale ?

¹¹²⁴ Il faut en effet noter que trois juges dissidents conclurent à la violation de l'article 15 de la Charte.

cause. Le caractère discriminatoire de leur traitement différent aurait en conséquence été sans peine rejeté. Compte tenu des principes de l'arrêt *Law*, la Cour suprême se livre à un exercice beaucoup plus détaillé, emprunt d'un grand subjectivisme, mais dont elle reconnaît elle-même que la prémisse est douteuse : « Il est loin d'être clair selon moi¹¹²⁵ que la façon dont l'État traite un accusé non responsable criminellement et la façon dont il traite une personne déclarée coupable peuvent facilement être comparées aux fins de découvrir une différence de traitement, vu la situation très particulière de l'accusé non responsable criminellement. (...) Néanmoins, dans *Law*, notre Cour a conclu qu'à cette étape initiale, «[c]'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester» (para. 79). C'est dans ces conditions, qu'au terme d'un raisonnement très long, elle constate (para. 88) que « [la réglementation en cause] ne s'applique que lorsque le juge est convaincu que la personne n'était pas en mesure de savoir que l'acte était criminel ou mauvais. L'évaluation se fonde sur la situation personnelle de l'intéressé. Elle n'admet aucune inférence fondée sur l'association avec un groupe » et conclut (para. 90) « le tribunal doit pousser l'analyse plus loin et évaluer l'incidence véritable de la différence de traitement sur la dignité du demandeur, toujours du point de vue de «la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur». De ce point de vue, la principale caractéristique de la [réglementation en cause], savoir le traitement établi en fonction de la situation particulière de tout accusé non responsable criminellement, loin de constituer un déni d'égalité, est l'essence même d'une égalité de traitement réelle ».

La Cour suprême aboutit donc finalement au même constat de non-discrimination que celui auquel aurait mené une analyse aristotélicienne, mais la voie choisie, s'appuyant sur une prémisse pour le moins discutable de l'existence d'une situation comparable dont l'appréciation est laissée au plaignant, jette un voile de profonde ambiguïté sur le concept même d'égalité, lequel ne peut en principe s'appliquer que lorsque sont confrontées des situations comparables¹¹²⁶.

2) En tout cas une méthode (presque) exclusivement subjective

Dans *Sauvé*, ce rejet de la conception aristotélicienne, dans le raisonnement tenu par les juges minoritaires, aboutit en revanche à un résultat inconciliable avec celui auquel aurait dû aboutir un

¹¹²⁵ C'est la juge McLachlin qui a rédigé l'opinion commune.

¹¹²⁶ La même remarque peut être faite à propos de la conclusion atteinte dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, dans lequel la majorité aboutit à un constat de non violation de l'article 15 (1) de la Charte, en considérant qu'une personne raisonnable ne conclurait pas que le code criminel porte arbitrairement atteinte à la dignité de l'enfant, alors qu'il aurait paru plus logique de fonder le raisonnement à mener au titre de cette disposition sur la circonstance qu'enfants et adultes ne sont tout simplement pas dans une situation comparable, au regard de la disposition en cause du code criminel.

raisonnement classique¹¹²⁷. En vertu d'une législation fédérale, les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel sont privés du droit de vote. La majorité, ayant conclu à une violation de l'article 3 de la Charte, lequel garantit le droit de vote à tout citoyen, et ayant également estimé que cette privation n'était pas justifiable au titre de l'article premier de la Charte, n'estima pas nécessaire d'examiner, en outre, si ces prisonniers avaient fait l'objet d'une discrimination contraire à l'article 15. À l'inverse, la minorité, ayant conclu au caractère raisonnable et proportionné de cette privation du droit de vote, était dans l'obligation de la justifier également au regard du principe d'égalité. Le juge Gonthier affirme (para. 195) que le fait d'être prisonnier ne constitue pas un motif analogue *« parce que l'on ne peut considérer que l'incarcération résulte de l'application stéréotypée d'une présumée caractéristique de groupe. Le fait d'être détenu est imputable à la perpétration d'un acte criminel grave, acte que l'intéressé a perpétré lui-même »*. Il ajoute que cet état de prisonnier ne constitue pas une caractéristique personnelle immuable. Il ajoute également (para. 199) *« que l'incarcération consécutive à la perpétration d'un acte criminel grave ne compromet ni la « dignité » ni la « valeur » du contrevenant »*. Ces affirmations ont pour effet de subordonner de manière stricte la qualification d'un critère de distinction comme « motif analogue » à la vérification que ce critère affecte la dignité humaine de l'individu¹¹²⁸, et faire reposer le concept de « motif analogue » sur des choix purement moraux qui ne devraient pas avoir leur place, à tout le moins à ce stade, dans l'application du principe de non-discrimination.

Tous les arrêts depuis *Law* dans lesquels la Cour suprême du Canada s'est exprimée de manière détaillée sur le concept d'atteinte à la dignité humaine concourent à l'impression d'extrême subjectivité d'une approche centrée sur un tel concept et illustrent par conséquent les impasses évidentes d'une telle approche.

L'arrêt *Granovsky* en est un bon exemple. M. Granovsky souffre de façon intermittente d'une blessure dégénérative au dos depuis un accident. Il a été déclaré atteint d'une invalidité totale temporaire. Après son accident, il a occupé certains emplois, mais a maintenu que l'état de son dos avait continué à se détériorer et que son invalidité était devenue permanente en 1993, année au cours de laquelle il a présenté une demande de pension d'invalidité. Celle-ci lui fut refusée parce qu'il n'avait cotisé au régime que pendant une seule année de la période cotisable de dix ans pertinente ayant précédé sa demande, de sorte qu'il n'avait pas ce qui était considéré comme un lien suffisamment récent avec le marché du travail. Il ne pouvait pas relever de la disposition d'«exclusion» (dont

¹¹²⁷ *Comp. arrêt Hirst c. Royaume-Uni* de la Cour européenne (voy. *supra*, texte sous note (xxx)).

¹¹²⁸ Ce que confirme son affirmation au point 200 : *« par ailleurs, du point de vue de la collectivité en général et des victimes ou des victimes éventuelles, je souligne que, souvent, les actes criminels graves vont directement à l'encontre de l'un des deux objets du par. 15(1), celui d'assurer l'égalité et la dignité de tous les êtres humains »*.

pouvaient se prévaloir les requérants ayant une déficience grave et permanente) en vertu de laquelle des périodes de déficience n'entrent pas dans le calcul des cotisations récentes.

Le plaignant estimait que le groupe auquel il devait être comparé était composé des travailleurs ordinaires physiquement aptes, du fait qu'il était tenu de verser les mêmes cotisations, sans qu'il soit tenu compte des périodes de déficience temporaire. Il se plaignait donc d'avoir fait l'objet d'un traitement égal, alors que sa situation n'était pas identique à celle des travailleurs aptes. De manière exceptionnelle, la Cour suprême refuse de prendre comme point de départ le choix de comparaison effectué par le plaignant, et déclare (para. 45) que « l'identification du groupe auquel l'appelant peut se comparer (...) est cruciale » et estime que le groupe de comparaison doit être celui des personnes bénéficiant du « régime d'exclusion », soit celles atteintes d'une déficience permanente. Le fait que la Cour suprême ait choisi, pour une fois, elle-même le groupe comparateur me paraît être une bonne chose. Cependant, la suite de son raisonnement laisse sceptique. En effet, dans celui-ci, elle estime concrètement qu'aux fins de la réglementation en cause les personnes atteintes d'une déficience permanente ne sont pas dans une situation comparable (para. 61). Cela signifie donc qu'au terme de son raisonnement elle justifiera le traitement *différent* de groupes placés dans des conditions *différentes*. Il va de soi qu'un tel traitement différent ne peut être qualifié de discriminatoire, de sorte que tout le raisonnement de la Cour suprême n'est pas très convaincant.

Ayant choisi un autre groupe comparateur, la Cour suprême (para. 53) identifie le « motif énuméré ou analogue » de distinction et évoque « la distinction fondée entièrement sur l'existence et la durée de la déficience ». Elle déclare que « la classification fondée sur la déficience est susceptible d'examen ». Cette déclaration illustre aussi que le droit protégé par l'article 15 (1) est la *non-discrimination* et non *l'égalité en tant que telle*, puisque le mécanisme protecteur de cette disposition ne s'enclenche que si la différence de traitement repose sur un motif expressément énuméré ou jugé analogue.

Abordant la troisième étape de son raisonnement, la Cour suprême admet que le plaignant a subi un désavantage financier, mais ajoute (para. 54) que « *même s'il repose sur des motifs liés à la déficience, ce refus n'est pas suffisant pour qu'il y ait violation du par. 15 (1)* ». Le plaignant doit prouver « l'atteinte à sa dignité humaine » (para. 58). Cette exigence, cruciale dans la méthode d'analyse de la notion de discrimination de l'article 15 (1), impose nécessairement de s'interroger sur ses conséquences quant à la justification possible, au titre de l'article 1^{er} de la Charte, d'une telle discrimination ?

Dans l'hypothèse où la Cour suprême aboutit à la conclusion qu'une législation a porté atteinte à la « dignité humaine » d'une personne, conclusion qui ne peut être atteinte qu'après un examen très détaillé au cours duquel il doit être établi que le plaignant « est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain », comment pareille législation pourrait-elle encore être justifiée au titre de

l'article premier de la Charte, parce qu'elle serait « raisonnable » ?¹¹²⁹ En l'espèce, la Cour suprême estima que « *en supposant qu'il peut prouver l'existence d'une affection et de limitations fonctionnelles importantes, [le plaignant] n'établit pas que la réaction du gouvernement, sur les plans de la conception et de l'application [de la législation en cause], rabaisse les personnes qui ont une déficience temporaire et jette un doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains* ». (para. 70)¹¹³⁰

C'est également parce qu'ils n'ont pas démontré que la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes et d'une situation de vulnérabilité, pourtant établies et admises par la Cour suprême, porte atteinte à leur dignité humaine, telle qu'elle serait considérée du point de vue de la personne raisonnable, que les communautés d'indiens plaignantes dans l'affaire *Lovelace* (2000) échouèrent à faire admettre qu'ils avaient été victimes d'une discrimination contraire à l'article 15 (1). Cet arrêt témoigne une fois encore, si on le compare à l'interprétation de la Cour suprême sur les discriminations dont sont victimes les personnes âgées de plus de 65 ans (*McKinney-Stoffman-Tetrault-Gadoury*), que tous les motifs de discrimination ne semblent pas jouir de la même approche libérale de la Cour suprême¹¹³¹.

¹¹²⁹ Pour une même critique, voy. C.D. Bredt et I. Nishisato, p. 16. Il est à cet égard intéressant de relever également que sur les 33 arrêts de la Cour suprême portant sur l'interprétation de l'article 15(1) durant les années nonante, l'analyse de l'article premier ne fut déterminante que dans *Egan*. Dans tous les autres, la Cour suprême, soit jugea qu'il n'y avait pas violation de l'article 15 (1), soit, ayant affirmé sa violation, estima que celle-ci ne pouvait être justifiée au titre de l'article premier.

La juge Arbour formule un constat critique identique dans son opinion concordante dans l'affaire *Lavoie* (para. 85) (voy. *ci-dessous*, point *exxx*).

¹¹³⁰ Dans l'arrêt *Martin et Laseur*, la Cour suprême s'écartera cependant de cette analyse fondée sur la préexistence d'un désavantage ou d'un stéréotype pour pouvoir conclure à l'existence d'une violation de l'article 15(1). Dans cette affaire, étaient en cause des dispositions de la province de Nouvelle-Écosse excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail et remplaçant les prestations auxquelles ont normalement droit ces derniers par un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, après lequel aucun avantage financier n'est plus disponible. Le juge Gonthier, écrivant pour l'ensemble des juges, doit admettre – même si la rédaction de l'arrêt montre ses hésitations – que les personnes souffrant de douleur chronique ne font pas l'objet d'un stéréotype (points 90 et 91) par rapport aux autres accidentés du travail. Il fonde donc le constat d'une discrimination sur la circonstance que le régime mis en place ne tient pas suffisamment compte des besoins, des capacités et de la situation véritable des travailleurs souffrant de douleur chronique, d'une manière qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne (point 92). Cette approche, peu fréquente dans la jurisprudence de la Cour suprême, n'est pas sans poser certains problèmes. En effet, comme le juge Gonthier le reconnaît, les tribunaux ne sont pas compétents pour évaluer les données médicales disponibles au sujet de la douleur chronique. Il estime toutefois que la question de savoir si, en fournissant des services, un gouvernement traite la douleur chronique de manière discriminatoire, doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire (point 2). Cette attitude n'est pas contestable en soi. Il est en effet logique que les choix du législateur soient soumis au contrôle du respect du principe de non-discrimination. Mais dans un domaine dans lequel les choix reposent sur des appréciations délicates, basées sur des données médicales, il pourrait être argué que le législateur doit disposer d'une marge d'appréciation plus large. L'arrêt montre cependant que la Cour suprême suit au contraire un raisonnement strict tant dans l'article 15(1) – en appliquant en outre un raisonnement ne s'appuyant pas sur le critère habituel du stéréotype préexistant – que dans l'article premier – en estimant que l'exclusion générale de la douleur chronique ne peut être considérée comme une « atteinte minimale » aux droits des requérants.

¹¹³¹ Durant la période étudiée, il faut cependant admettre que dans d'autres arrêts, la Cour suprême se montra également parfois très libérale (*M. c. H.* (1999) – constat d'une discrimination, fondée sur « l'orientation sexuelle », créée par une législation ne permettant le versement d'aliments qu'au profit du partenaire non marié

Les opinions contradictoires exprimées dans l'arrêt *Lavoie* de 2002 illustrent également les impasses évidentes d'un raisonnement axé sur une telle notion et la confirmation du rejet d'une approche aristotélicienne, pourtant prônée par une des juges.

Les requérantes dans cette affaire sont des personnes installées depuis un certain temps au Canada qui ont postulé à un emploi dans la fonction publique canadienne. Les faits de cette affaire étaient donc assez similaires à ceux ayant donné lieu à l'arrêt *Andrews*. La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* confère un traitement préférentiel, mais non une exclusivité, aux citoyens canadiens dans l'emploi dans la fonction publique fédérale ; cette législation est donc plus libérale que celle prévalant dans l'ordre juridique communautaire ou la plupart des démocraties libérales, ainsi que cela est relevé dans l'arrêt. Cette préférence fondée sur la citoyenneté intervient à l'étape de la présentation dans le cadre d'un concours public. La question qui se posait était donc de savoir si un tel traitement préférentiel est compatible avec l'article 15(1), et si tel n'est pas le cas, s'il peut néanmoins être justifié par l'article premier de la Charte ? La Cour suprême conclut, par 6 voix contre 3, que la loi en cause est conforme à la Charte. Toutefois, il y a pluralité d'avis dans la majorité. Quatre juges¹¹³² font une application stricte de *Law* : la loi est contraire à l'article 15(1), mais est justifiée au titre de l'article premier. La juge Arbour s'écarte radicalement du raisonnement tenu dans *Law* en proposant de retenir une approche *objective* et non plus subjective de l'atteinte à la dignité humaine. En outre, elle propose également de faire intervenir l'analyse de la justification éventuelle de la différence de traitement dans le cadre du raisonnement mené dans l'article 15, et non plus dans l'article premier. Sans le dire expressément, elle préconise donc une approche « plus aristotélicienne ». Le juge LeBel estime qu'il n'y a pas violation de l'article 15(1), dans la mesure où la loi ne porte pas atteinte à la « dignité essentielle » des requérantes. Les trois juges de la minorité¹¹³³ estiment qu'il y a eu violation de l'article 15(1) et que celle-ci n'est pas justifiée par l'article premier de la Charte.

La « majorité de la majorité » comme la minorité ont centré quasi-exclusivement leur raisonnement sur l'existence ou non d'une atteinte à la dignité humaine des requérantes. L'approche suivie par les deux groupes de juges semble finalement peu juridique et reposer essentiellement sur la manière dont ces deux groupes perçoivent, subjectivement, le niveau d'atteinte à la dignité humaine que la loi incriminée opère sur les requérantes¹¹³⁴.

de sexe opposé (ou du conjoint)) ou appliqua un raisonnement standard non critiquable (*Little Sisters Book* (2000) – constat d'une discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle ») ; sur ce dernier arrêt, voy. J. Benedet, « *Little Sisters Book and Art Emporium v. Minister of Justice : Sex Equality and the Attack on R. v. Butler* », 39 *Osgoode Hall Law Journal*, (2001), p. 187.

¹¹³² Juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache (qui écrit pour la majorité).

¹¹³³ Juge en chef McLachlin et juges L'Heureux-Dubé et Binnie.

¹¹³⁴ Même la doctrine favorable à cette approche de la Cour suprême reconnaît que les conclusions relatives à la notion de « dignité » deviennent des masques pour l'exercice d'un arbitraire judiciaire, voy. I. Grant et J. Mosoff,

Selon la majorité, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l'objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. La question primordiale est de savoir « *si la loi perpétue l'opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'être humains ou que membres de la société canadienne* » (para. 46). En l'espèce, « *les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada, leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes* » (para. 52). La minorité exprime une opinion encore plus tranchée : « *L'arrêt Law confirme Andrews et doit en conséquence être tenu comme établissant qu'une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égards aux qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine* » (para. 2).

Dans son opinion concordante, la juge Arbour rappelle tout d'abord que selon la méthode d'analyse de Law, une différence de traitement sera jugée discriminatoire si « *elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération* » (para. 75). Elle fait toutefois de ces considérations émises dans Law une lecture différente de celles des autres juges de la majorité, et plus convaincante, car plus réaliste : « *... le point central de l'analyse relative à la discrimination est à la fois subjectif et objectif : subjectif dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres ; [...] La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention* » (para. 79).

Elle argue par conséquent que « *la troisième question de Law perdrait tout son sens si nous adoptions une perspective purement subjective pour analyser les allégations de discriminations* » (para. 81). En effet, ajoute-t-elle, « *dans notre empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, nous devons veiller à éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif* » (para. 86) ; « *en mettant l'accent voulu sur la partie objective de l'analyse de la*

« Disability and Performance Standards Under the Ontario Human Rights Code », 1 *Journal of Law & Equality*, (2002), p. 205. Pour une même critique, voy. M.-T. Meulders-Klein (p. 1201), selon laquelle cette approche « donne à la notion de discrimination un contenu infiniment subjectif fondé sur les sentiments présumés de chacun ou des juges eux-mêmes, susceptibles de ramener la notion de la dignité humaine aux minuties d'une interprétation casuistique à outrance. Mais qui soulève surtout la question de savoir si le droit

discrimination, en plus de la partie subjective, on donne un sens à la notion de droits à l'égalité que ne peut lui donner une analyse exclusivement axée sur la partie subjective » (para. 88).

La juge Arbour appuie également sa proposition de relecture de *Law* sur l'incohérence, relevée à propos de l'arrêt *Granovsky*, à constater, d'abord, une atteinte à la dignité humaine du plaignant pour, ensuite, affirmer que pareille atteinte est néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de la Charte : *« je ne suis pas non plus convaincue qu'une loi que l'on dit enfreindre la dignité humaine essentielle des appelantes, et qui est par conséquent considérée comme suffisamment outrageante pour ne pas satisfaire à l'examen en vertu du par. 15(1), peut aussi être décrite pour les fins de l'article premier comme étant au plus un « inconvénient », le prix que les demandeurs doivent payer pour que l'Etat puisse définir les droits et les privilèges de ses citoyens » (para. 85).*

Les arguments présentés en sens contraire par les juges de la pluralité sont peu convaincants : c'est la structure même de la Charte qui imposerait ce découplage de l'analyse en deux temps, structure validée par l'arrêt *Andrews* (para. 49) ; en outre fondre les deux étapes du raisonnement dans le seul article 15 serait source importante d'incertitude pour les tribunaux *« en ce qui a trait aux sortes de considérations qui leur sont permises pour trancher une demande fondée sur le par. 15(1) »* (para. 51). Mais leur objection essentielle tient au fait que cette approche créerait *« au sein même du par. 15(1) une hiérarchie de droits en vertu de laquelle les considérations d'ordre public pourraient faire obstacle à une demande fondée sur le par. 15(1) dans certains cas (par exemple la citoyenneté) mais non dans d'autres (par exemple la race). Je ne trouve rien qui appuie une telle hiérarchie dans la Charte »* (para. 51).

Cette dernière affirmation est intéressante sur le plan théorique : elle implique que les différences de traitement fondées sur les motifs spécifiquement énumérés dans l'article 15(1) ne doivent pas recevoir une attention particulière ou faire l'objet d'un contrôle plus strict que n'importe quel autre motif qui serait jugé analogue par la Cour suprême. Cette affirmation contredit donc celle formulée par le juge McIntyre dans *Andrews*. Une telle dissension, sur une question primordiale dans l'application de l'article 15(1), illustre, une fois encore, l'observation selon laquelle en dépit d'une réaffirmation de la « méthode *Andrews* » dans *Law*, la Cour suprême reste traversée de courants antinomiques quant à la portée de l'article 15.

Enfin, il doit être noté qu'en dépit de la similitude avec les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Andrews*, notée tant par la majorité que la minorité, la Cour suprême aboutit finalement à la conclusion que la législation en cause est sauvée au titre de l'article premier de la Charte, contrairement à la conclusion

objectif, qui est la loi commune, doit être fondé sur les perceptions subjectives individuelles de chacun ou de celles des juges ».

atteinte dans *Andrews*¹¹³⁵. Dans les faits, la Cour suprême se montre donc finalement moins stricte, plus déférente, à l'égard du législateur dans son appréciation du « caractère raisonnable » de la différence de traitement créée, ce qui témoigne également du caractère variable de la sévérité de son contrôle au titre du « test de Oakes » en fonction de divers facteurs qui restent indéterminés¹¹³⁶.

Les arrêts *Gosselin c. Procureur Général du Québec* et *Procureur Général de la Nouvelle-Ecosse c. Walsh et Bona* éclairent aussi les dissensions entre juges de la Cour suprême quant il s'agit d'apprécier – subjectivement – ce qui est susceptible de porter atteinte à la dignité humaine des requérants.

Dans l'affaire *Gosselin*, la requérante se plaignait que le régime d'aide sociale en vigueur au Québec entre 1984 et 1989¹¹³⁷ fixait le montant des prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans au tiers environ de celui des mêmes prestations versées aux personnes âgées de plus de 30 ans. Dans un arrêt « 5-4 », la Cour suprême conclut à la constitutionnalité du régime en cause. Pour la majorité, l'intéressée « n'a pas démontré que le gouvernement l'a traitée comme une personne de moindre valeur que les bénéficiaires d'aide sociale plus âgés, simplement parce qu'il a assujéti le versement de prestations accrues à sa participation à des programmes conçus expressément pour l'intégrer dans la population active et promouvoir son autonomie à long terme » (para. 19). La juge en chef McLachlin, qui écrit pour la majorité, ajoute qu'à l'inverse des personnes âgées « que l'on présume dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité, les jeunes adultes n'ont pas été sous-estimés de la même manière par le passé » (para. 32). Appuyée sur l'arrêt *Law*, cette affirmation confirme que la Cour suprême est beaucoup plus stricte vis-à-vis des différences de traitement affectant les personnes âgées que de celles dont se plaignent les personnes jeunes. Cette seule affirmation devrait par ailleurs suffire pour amener la majorité à conclure à l'absence d'une discrimination. Elle poursuit néanmoins son raisonnement et examine le but de la distinction opérée par le régime en fonction de l'âge. Sur ce point, elle estime (para. 38) que « la preuve démontre que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, l'objet de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritable des personnes de moins de 30 ans » eu égard au taux de chômage particulièrement élevé chez les jeunes adultes.

¹¹³⁵ Il n'est certainement pas indifférent à cet égard de constater que des sept juges ayant rendu l'arrêt *Andrews* en 1989, seule la juge L'Heureux-Dubé était encore présente en 2002 dans l'arrêt *Lavoie*. Elle n'a d'ailleurs pas modifié sa position entre ces deux affaires, ayant conclu dans les deux cas à la violation de l'article 15(1) et à l'absence de justification au titre de l'article premier, ... mais dans le second cas elle s'est retrouvée dans la minorité.

¹¹³⁶ Voy. également J. Woehrling, « La Cour suprême du Canada ... », p. 406.

L'arrêt *Terre-Neuve c. N.A.P.E.* de 2004 confirme cette impression. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada estime justifiée, au titre de l'article premier, une discrimination salariale directement fondée sur le sexe en raison de la « grave crise financière » que traversait le gouvernement de la province en cause. Elle ajoute que

La minorité aboutit à un raisonnement diamétralement opposé. Le juge Bastarache, se fondant sur l'arrêt *Law*, rappelle tout d'abord que la question de savoir si le régime contesté affecte la dignité humaine de la requérante doit être examinée avec « *les yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur* » (para. 231). Il poursuit en affirmant (para. 237) qu'il « *n'existe aucune preuve décisive indiquant que, comparativement à l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, les jeunes bénéficiaires ont de tout temps été marginalisés en raison de leur âge* ». Toutefois, ajoute-t-il, cette constatation ne clôt pas l'analyse. En effet, la considération essentielle devant guider le raisonnement de la Cour suprême est le respect de la dignité humaine.

S'agissant de cette atteinte à la dignité humaine, il conclut qu'en « *se fondant sur une distinction qu'on avait faite plusieurs décennies auparavant et qui ne tenait même pas compte de la situation véritable des moins de 30 ans dans les années 1980, on semble avoir fait preuve de peu de respect dans le texte de loi pour la valeur de ces personnes en tant qu'êtres humains* » (para. 248). Sur cet aspect, la juge L'Heureux-Dubé ajoute également dans son opinion dissidente (para. 132) que « *le demandeur raisonnable (...) aurait estimé que son droit à la dignité était violé pour le seul motif qu'il avait moins de 30 ans, alors qu'il n'était pas en mesure de faire quoi que ce soit, à quelque moment que ce soit, pour modifier ce facteur* »¹¹³⁸.

Si l'arrêt *Walsh* fut rendu à une majorité nettement plus confortable, « 8-1 », la motivation sur laquelle repose la conclusion de la majorité n'est toutefois pas entièrement convaincante¹¹³⁹. Dans cette affaire, la Cour suprême avait à juger de la conformité à l'article 15 de la Charte d'une réglementation de la Nouvelle-Ecosse ne permettant pas aux « conjoints » de sexe opposé non mariés de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux en cas de séparation¹¹⁴⁰. Le juge Bastarache, au nom de sept membres de la majorité, commence tout d'abord par identifier les groupes de comparaison en cause, soit les couples hétérosexuels mariés d'une part, les couples hétérosexuels non mariés de l'autre, mais précise (para. 39) que ce second groupe est très hétérogène et qu'il convient de tenir « *adéquatement compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la*

dans l'interprétation des critères du *test de Oakes*, elle est appelée à jouer le rôle « d'arbitre mandaté par la Constitution ».

¹¹³⁷ A cette date, la distinction fondée sur l'âge a été supprimée.

¹¹³⁸ Sur cet arrêt, voy. D. Matas, « Gosselin v. Québec : Is Starvation Illegal ? The Enforceability of the Right to an Adequate Standard of Living », 4 *Melbourne Journal of International Law*, (2003), p. 217.

¹¹³⁹ La solution atteinte par la majorité et le raisonnement qui appuie celle-ci peuvent être rapprochés de l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage de Belgique dans l'arrêt 89/2001, dans lequel elle a considéré comme compatible avec le principe d'égalité inscrit dans la Constitution belge la disposition légale refusant l'octroi d'une rente au partenaire non marié, cohabitant de la victime décédée d'un accident de travail. Comme c'est souvent le cas des arrêts de la Cour d'arbitrage, la motivation est très succincte. Il peut encore être noté que bien qu'interrogée explicitement sur la compatibilité de la disposition en cause également avec la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'arbitrage se borne à affirmer celle-ci eu égard à la constitutionnalité de cette disposition. Voy. également dans le même sens l'arrêt 94/2001 (octroi d'une pension de survie).

situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient le demandeur ». Bien que rejoignant la majorité quant au résultat, le juge Gonthier estime en revanche (para. 205) que « *les différences fondamentales entre conjoints de fait et les couples mariés font qu'ils ne constituent pas des groupes de comparaison appropriés* » pour l'avantage en cause. Il n'estime néanmoins pas nécessaire de motiver la raison pour laquelle il s'écarte ainsi de la jurisprudence traditionnelle selon laquelle c'est le requérant lui-même qui choisit le groupe auquel il veut être comparé.

Sur le fond, le juge Bastarache, tout en reconnaissant que les couples non mariés ont historiquement été désavantagés, considère que ce « désavantage historique » ne peut prévaloir sur la liberté de choix de l'individu : « *s'il est vrai que les conjoints non mariés ont été désavantagés historiquement et lésés par l'application de stéréotypes, on ne peut nier pour autant que de nombreuses personnes se trouvant dans une situation semblable à celle des parties, c'est-à-dire des personnes de sexe opposé vivant dans une union conjugale d'une certaine permanence, ont choisi de se soustraire à l'institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent* » (para. 43). Il conclut dès lors que l'application de la législation en cause aux seuls couples mariés n'est pas discriminatoire, car « *cette distinction reflète les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne. Dans ce contexte, on ne peut soutenir qu'il y a atteinte à la dignité des conjoints de fait. Nous ne sommes pas en présence de la négation d'un bénéfice fondée sur un stéréotype ou des caractéristiques présumées qui perpétuent l'idée que les couples non mariés sont moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Tous les conjoints sont réputés libres de faire des choix fondamentaux dans leur vie* » (para. 62).

Seule dans la minorité, la juge L'Heureux-Dubé appuie sa conclusion d'une violation de l'article 15 de la Charte sur un raisonnement qui, au moins sur un point crucial, paraît plus approprié. Elle estime tout d'abord qu'il convient de répondre à la question posée en se demandant « *si une personne réfléchissant objectivement à la situation de l'intimée estimerait que l'exclusion de tous les couples hétérosexuels non mariés porte atteinte à la dignité de l'intimée* » (para. 84). Cette prémisse, constante dans le raisonnement tenu par la juge L'Heureux-Dubé sur l'interprétation de l'article 15 de la Charte, illustre - de manière presque caricaturale - le manque de crédibilité du recours au « raisonnement objectif de la personne raisonnable » : les huit juges de la majorité ayant conclu à l'absence d'une telle atteinte à la dignité humaine, doit-on en conclure, qu'à ses yeux au moins, ces derniers n'ont pas réfléchi objectivement ?

La suite de son raisonnement est cependant intéressante. Contrairement à la majorité, elle considère que « *pour bon nombre de conjoints de fait, la décision de cohabiter ou de ne pas se marier ne vise*

¹¹⁴⁰ Depuis lors, la réglementation en cause a été changée et la notion de conjoint modifiée pour la faire correspondre à celle de partenaire.

pas à se soustraire aux conséquences juridiques du mariage » (para. 148), de sorte que « l'argument que la loi ne porte pas atteinte à la dignité de la demanderesse parce qu'elle a été adoptée pour respecter son choix [...] ne tient pas compte du fait que les droits conférés par la [loi en cause] ne s'appuient pas sur un choix ou un consensus » (para. 157). Mais surtout elle établit que le critère de distinction utilisé – statut matrimonial – n'est pas approprié pour répondre à l'objectif poursuivi par la réglementation en cause : « La législature établit ainsi une distinction fondée sur un état qui n'a rien à voir avec les besoins véritables de personnes dont la relation d'interdépendance a pris fin et qui doivent, de ce fait, procéder à une nouvelle répartition des ressources économiques par l'égalisation des biens et les obligations alimentaires. Ces besoins naissent à la rupture de la relation de dépendance : le besoin n'est pas lié au mariage même, mais à l'interdépendance créée dans une relation à long terme. Bref, la [loi] refuse de reconnaître les contributions apportées par les conjoints de fait à leur union. La non-reconnaissance de leurs contributions véhicule le message que, en raison uniquement de leur état matrimonial, leurs relations sont moins dignes d'être respectées, reconnues et valorisées » (para. 170).

Si l'on excepte ce dernier aspect – certes crucial dans la jurisprudence de la Cour suprême, et singulièrement dans les raisonnements de la juge L'Heureux-Dubé – de l'atteinte à la dignité humaine, c'est le même raisonnement qui devrait être tenu en droit communautaire. Indépendamment de la question de savoir si le « statut matrimonial » constitue un motif de discrimination expressément prohibé, une analyse menée au titre du principe d'égalité aurait conduit à s'interroger sur la pertinence du motif de distinction choisi (le statut matrimonial) pour atteindre l'objectif légitime poursuivi¹¹⁴¹. La majorité néglige complètement cette question, pourtant déterminante.

C'est peut-être finalement l'affaire *Trociuk*, dans laquelle était en cause une discrimination incontestable, qui met le mieux en lumière les limites évidentes d'une approche centrée sur l'atteinte à la dignité humaine. En vertu de la législation de la Colombie-Britannique, une déclaration de naissance doit être faite dans les trente jours par la mère de l'enfant « si le père est incapable ou si elle ne reconnaît pas ou ne connaît pas le père ». En l'espèce, le père et la mère de l'enfant étaient séparés et la mère avait fait cette déclaration en précisant que le père était « non reconnu par la mère ». Le père introduisit une action afin de faire inscrire son nom sur les déclarations de naissance et modifier le nom de famille de l'enfant.

Ecrivant pour la Cour suprême unanime, la juge Deschamps va concentrer son opinion sur le seul point de savoir si cette législation porte atteinte à la dignité du père de l'enfant et si cette atteinte peut

¹¹⁴¹ « Reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint » et la nécessité qui en découle « de prévoir le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage », préambule du *Matrimonial Property Act*.

être justifiée au titre de l'article premier. Elle considère en effet que les deux premières étapes du raisonnement établi dans *Law* sont « clairement franchies » (para. 9) : cette réglementation est fondée sur un motif énuméré (le sexe) et le père subit un traitement différent en raison de ce motif¹⁴². Elle affirme d'abord, très justement, que « l'inscription de l'identité d'un parent dans la déclaration de naissance est un important moyen de participer à la vie de son enfant » (para. 16). Sur base de cette seule prémisse, il aurait dû être possible d'affirmer que l'exclusion arbitraire du père était disproportionnée. Compte tenu des critères de *Law* et de l'argument de la mère selon lequel le père ne pourrait être discriminé, car il n'appartient pas à un groupe historiquement défavorisé, elle est néanmoins obligée de passer par la question, déterminante, de l'existence d'une atteinte à la dignité humaine que pourrait ressentir un « père raisonnable » en pareille circonstance : « *il pourrait raisonnablement y voir un message du législateur que le lien qui existe entre un père et ses enfants mérite moins de respect que celui qui existe entre une mère et ses enfants. Compte tenu de l'importance d'un tel lien pour son identité personnelle, un demandeur raisonnable pourrait voir dans ce message un jugement négatif sur sa valeur en tant qu'être humain* » (para. 21).

Tant l'argument de la mère que la réponse de la juge Deschamps laissent perplexe. D'un côté, si réellement une discrimination ne peut être constatée que si elle est commise à l'encontre d'un groupe traditionnellement défavorisé, comme la Cour suprême l'a elle-même souvent laissé sous-entendre – dès l'arrêt *Andrews* en fait –, alors cela signifie qu'un père ne pourra vraisemblablement jamais prétendre être victime d'une discrimination, ... mais, plus encore, une différence de traitement fondée sur le sexe et opérant au détriment d'un homme ne sera alors (pratiquement) jamais discriminatoire ! D'un autre côté, le raisonnement de la juge Deschamps s'apparente plus à une contorsion intellectuelle qu'à un raisonnement juridique, objectif et rigoureux. Ce raisonnement paraît d'autant moins rigoureux que, tel qu'il est formulé, il devrait être applicable à, et invocable par, tout père « arbitrairement exclu » par la mère. Or, la juge croit renforcer celui-ci en affirmant que la réglementation porte atteinte aussi « d'une autre manière » à la dignité du demandeur. En effet, il existe trois catégories de pères dont les renseignements personnels peuvent être exclus : la première comprend les pères qui, à l'instar du demandeur, sont exclus pour des motifs arbitraires, la deuxième est celle des pères exclus pour des raisons valables (viol, inceste), et la troisième vise les pères inconnus. La juge Deschamps estime que « *les pères de la première catégorie [...] ne devraient pas être comparés ou assimilés aux pères exclus pour des raisons valables* » (para. 23) ; elle ajoute que

¹⁴² Cette affirmation péremptoire illustre une fois encore le rejet d'une conception aristotélicienne du principe d'égalité. N'aurait-il en effet pas fallu d'abord démontrer que le père et la mère sont dans une situation comparable ? Selon l'adage, *mater semper certa est* ; dès lors, la possibilité d'exclure arbitrairement de la déclaration de naissance les renseignements concernant la mère ne paraît pas envisageable. La question d'une discrimination fondée sur le sexe aurait alors dû être posée en des termes différents : la possibilité donnée à la mère d'exclure tout renseignement sur le père, en toute circonstance pratiquement, n'est-elle pas

« ces associations erronées et péjoratives véhiculent un message de même nature qu'un stéréotype ou un préjugé » et conclut que la réglementation soumet dès lors le demandeur à « une qualification négative en raison d'une caractéristique personnelle, le fait d'être de sexe masculin » (para. 24). Or, elle procède là à une comparaison entre hommes. Le fait qu'une catégorie d'hommes soit discriminée – en raison d'une atteinte à leur dignité humaine – parce que traitée de la même manière que les autres catégories ne semble pourtant pas pouvoir aboutir à un constat de discrimination fondée sur le sexe !

Il eut donc été beaucoup plus simple – et plus correct au regard d'une application du principe d'égalité – de constater que l'exclusion de la catégorie des pères de la première catégorie n'est pas proportionnée et n'est justifiée, ni par l'objectif poursuivi par la réglementation ni par l'intérêt de la mère ou de l'enfant, de sorte que même si la mère et le père ne sont pas dans une situation strictement identique, leur traitement différent viole les droits du second. Il semble que la suite du raisonnement de la juge Deschamps est, consciemment ou inconsciemment, fondée sur la même appréciation, mais il est formulé de manière juridiquement peu convaincante. Elle affirme tout d'abord que c'est cette exclusion arbitraire « qui fait naître chez le père raisonnable le sentiment d'être atteint dans sa dignité » et que le fait que « les dispositions contestées permettent à la mère de ne pas reconnaître le père pour des motifs valables ne justifie pas d'exposer arbitrairement le père, sans recours, aux désavantages pouvant découler du refus de reconnaissance dont le but n'est pas de protéger les intérêts légitimes de la mère ou l'intérêt supérieur de l'enfant » (para. 25). Pour pouvoir faire rentrer cette conclusion dans le moule du *test de Law*, elle est donc obligée de déguiser un examen de la proportionnalité de la réglementation sous un raisonnement de sentiment d'atteinte à sa dignité que ressentirait un père raisonnable en raison du message péjoratif véhiculé par cette réglementation ! Pour se conformer à la jurisprudence constante, c'est dans le cadre de l'article premier et du *test de Oakes* qu'elle se livre à ce test de proportionnalité et constate, aisément, que la réglementation n'y satisfait pas¹¹⁴³.

§ 3 – L'approche unifiée des discriminations et le rôle limité de l'affirmative action

Comme durant la décennie précédente, c'est à propos d'une législation provinciale, et non à propos de la Charte elle-même, que la Cour suprême a rendu un arrêt de principe sur les notions de « discrimination directe » et « discrimination indirecte ». Mais dans l'arrêt *Colombie-Britannique c.*

disproportionnée compte tenu de l'objectif poursuivi par cette réglementation (l'enregistrement précis et rapide des naissances) ?

¹¹⁴³ Il convient toutefois de noter que dans cet examen elle affirme néanmoins que l'objectif de la réglementation, soit l'enregistrement précis et rapide des naissances, est un objectif suffisamment important pour justifier une discrimination fondée sur le sexe. Pareille conclusion est pour le moins discutable.

BCGSEU (1999)¹¹⁴⁴, la Cour suprême procède à une unification des méthodes concernant la détermination du caractère *direct* ou *indirect* de la discrimination. Et cette unification a pour effet d'étendre aux législations et codes provinciaux relatifs aux droits de la personne la méthode adoptée à l'égard de la Charte.

Cet arrêt est également intéressant parce que la Cour suprême y formule plusieurs observations, à propos de la distinction entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte », qui paraissent tout à fait pertinents et illustrer le caractère très artificiel de la distinction établie par la Cour de justice dans sa jurisprudence depuis le début des années nonante dans le domaine de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services.

I – L'arrêt *Meiorin*, le rejet d'une distinction factice

Le gouvernement de la Colombie-Britannique a établi des normes minimales de condition physique pour ses pompiers forestiers. L'une d'elles est une norme aérobique. La demanderesse, une pompière forestière qui avait fait son travail de façon satisfaisante dans le passé, n'a pas réussi à satisfaire à cette norme aérobique¹¹⁴⁵ après quatre essais et a été congédiée. Elle alléguait une discrimination fondée sur le sexe. Dans son analyse des faits de cette affaire, la Cour suprême établit deux constats importants. La preuve, acceptée par l'arbitre, démontrait qu'en raison de différences physiologiques, la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Même en s'entraînant, la plupart des femmes sont incapables d'accroître leur capacité aérobique au niveau requis par la norme aérobique, bien que l'entraînement puisse permettre à la plupart des hommes de le faire. D'autre part, il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que, soit les hommes, soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante.

Dans son analyse juridique, la Cour suprême procède à une critique approfondie de la « méthode conventionnelle » de détermination de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, applicable pour les demandes fondées sur une loi provinciale concernant les droits de la personne. Elle déclare notamment « *qu' une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire*

¹¹⁴⁴ Appelé communément arrêt *Meiorin*. Sur cet arrêt, voy. C. Sheppard, « Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.*, 46 *Revue du droit de McGill*, (2000), p. 533.

¹¹⁴⁵ Les tests exigeaient que les pompiers forestiers pèsent moins de 200 livres (avec leur équipement) et qu'ils effectuent une course-navette, un exercice de flexion verticale des bras ainsi qu'un exercice de portage de pompes et de tir de boyaux à l'intérieur de certains délais. L'épreuve de course visait à évaluer la condition aérobique du pompier forestier et reposait sur l'idée que les pompiers forestiers doivent avoir au moins un «VO2 max» de 50 ml.kg-1.min-1 (la «norme aérobique»). Le «VO2 max» mesure la «consommation maximale

(parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi) » (para. 27). Elle estime ensuite que « la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste: l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre » (para. 29). Elle en conclut que l'existence de réparations différentes selon le mode de discrimination est « déconcertante » « parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée » (para. 31). Comme l'expose la Cour suprême « l'effet négatif sur la dignité humaine¹¹⁴⁶ du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée » (para. 48). La Cour suprême en tire donc également la conséquence que les exceptions à l'obligation de ne pas discriminer doivent être abordées de manière restrictive et identique, que la discrimination soit directe ou indirecte. En l'espèce, la Cour suprême décida que la norme discriminatoire ne pouvait être qualifiée « d'exigence professionnelle justifiée » car, comme indiqué ci-dessus, le gouvernement de Colombie-Britannique resta en défaut de prouver que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que, soit les hommes, soit les femmes, puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante.

A l'invitation de l'avocat général lancée à la Cour de justice dans l'affaire *Kohll* de repenser complètement sa jurisprudence sur les concepts de « discrimination directe » et de « discrimination indirecte », il me paraît que cet arrêt de la Cour suprême fournit un point de départ pertinent de réflexion.

II – L'absence de portée indépendante de l'article 15 (2)¹¹⁴⁷

A l'occasion de l'affaire *Lovelace* (1999), concernant une allégation de discrimination créée par la *Loi sur les indiens* à l'encontre de communautés d'indiens qui ne sont pas inscrits en tant que

d'oxygène», ou le rythme auquel le corps peut absorber l'oxygène, l'acheminer aux muscles et l'utiliser pour produire de l'énergie.

¹¹⁴⁶ En droit communautaire, on parlerait d'effet négatif sur le droit revendiqué.

¹¹⁴⁷ Il convient néanmoins de préciser que cette absence de jurisprudence de la Cour suprême sur l'article 15(2) peut également s'expliquer par le fait que, contrairement aux législations des provinces, la *Charte* ne s'applique qu'à l'égard de l'action étatique et ne lie pas les employeurs privés. La « vitalité » des programmes d'*affirmative action* au Canada n'est donc pas en question ici. Il n'en demeure pas moins que les mesures d'action positive au Canada sont plus restreintes qu'aux USA, voy. les remarques de la Juge en chef B. McLachlin, « Racism and the Law – the Canadian Experience », *1 Journal of Law & Equality*, (2002).

« bandes »¹¹⁴⁸, la Cour suprême¹¹⁴⁹ adopta, pour la première fois, une position de principe concernant la portée et le contenu de l'article 15(2) de la Charte – lequel traite des actions positives – au terme d'une analyse détaillée des différents points de vue exprimés jusqu'alors, tant par les tribunaux que par la doctrine.

Selon la Cour suprême¹¹⁵⁰, « il est clair que l'expression « n'a pas pour effet d'interdire » figurant au par. 15(2) ne peut pas être interprétée comme énonçant une exemption ou un moyen de défense. (...) Walter S. Tarnopolsky a souligné que les rédacteurs de l'art. 15 ont ajouté le par. 15(2) dans un souci de « prudence excessive », en vue de renforcer l'approche fondée sur l'égalité réelle envisagée au par. 15(1), car, au moment de la rédaction de la Charte, on craignait que les programmes de promotion sociale soient jugés invalides pour cause de discrimination à rebours. (...) En résumé, on rattache le par. 15(2) au par. 15(1) et le texte du par. 15(2) ne parle aucunement d'exemption; à première vue, le par. 15(2) décrit la portée du droit à l'égalité garanti au par. 15(1). (...) En résumé, dans l'état actuel de la jurisprudence, je considère que le par. 15(2) confirme la portée du par. 15(1) et, à cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier ».

En bref, la Cour suprême refuse de reconnaître à cette disposition une portée indépendante, laquelle aurait signifié qu'elle est exemptée de l'analyse relative à la discrimination fondée sur l'article 15 (1) ou qu'elle est un moyen de défense à cet égard. Toutefois, elle prend soin de préciser « qu'il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire ». Cette précision laisse également transparaître un souci semblable à celui éprouvé par la Cour de justice de ne pas se positionner de manière tranchée face à la notion « d'action positive ». Il sera à cet égard intéressant de vérifier si, dans le contexte d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe et non plus sur la race, l'origine ethnique ou l'identité culturelle, la Cour suprême juge approprié de « réexaminer cette question ».

¹¹⁴⁸ Une « bande » est un groupe d'indiens « à l'usage et au profit communs desquels » des terres ou des sommes d'argent ont été mises de côté par Sa Majesté.

¹¹⁴⁹ Pour une présentation des quelques décisions émanant des juridictions inférieures, voy. M.A. Drumbl et J.D.R. Craig, « Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2) », *IV Review of Constitutional Studies*, (1997), p. 80.

¹¹⁵⁰ L'opinion de la Cour suprême fut rédigée par le juge Iacobucci.

CONCLUSIONS

L'attitude de la Cour suprême du Canada peut apparaître paradoxale. Elle a développé une structure d'analyse très sophistiquée de l'interdiction des discriminations garantie par la *Charte*. Cette structure, élaborée à l'origine en 1989, fut affinée et précisée près de dix ans plus tard. Pourtant, l'examen de cette jurisprudence laisse le sentiment d'une extrême subjectivité. Il faut relever à cet égard que pour raffinée qu'elle soit, cette structure d'analyse fait dépendre essentiellement le constat d'une discrimination sur deux éléments particulièrement peu objectifs, la perspective de la personne raisonnable et l'atteinte à la dignité humaine.

Le caractère déterminant de ce second élément pose par ailleurs une question évidente : comment une mesure jugée discriminatoire par la Cour suprême du Canada parce qu'affectant la dignité humaine d'un plaignant peut-elle encore être justifiée ? Mais l'angle sous lequel est menée l'analyse de l'interdiction des discriminations, à savoir celle de la personne raisonnable, soulève lui aussi une interrogation : lorsque la majorité des juges de la Cour suprême du Canada conclut à l'absence d'une discrimination, les juges minoritaires aboutissant à la conclusion inverse doivent-ils être considérés comme des personnes déraisonnables ?

Cette structure de raisonnement est assez atypique si on la confronte à celle des autres cours suprêmes. Elle s'en écarte également sur d'autres points, comme le fait de rejeter expressément une approche *aristotélicienne* de l'égalité, mais au terme d'une interprétation contestable de celle-ci.

Certains points de son analyse méritent toutefois sans aucun doute une réflexion approfondie. Ainsi, elle estime artificielle la distinction entre discriminations directes et indirectes et les soumet dès lors toutes deux à un examen similaire, en arguant que le fait que l'auteur de la discrimination ait opéré par des moyens dissimulés ne supprime en rien l'effet négatif de la discrimination.

Chapitre IV - La High Court et la Federal Court australiennes¹¹⁵¹

En Australie, le principe d'interdiction des discriminations ne se trouve pas inséré dans un seul texte à portée générale, mais dans plusieurs législations nationales. En outre, ces différentes législations nationales (*federal laws*) coexistent avec les législations des différents états composant la fédération australienne (*state laws*). Tous les états ne prohibent par ailleurs pas nécessairement les mêmes griefs de discrimination¹¹⁵². La définition même des différents griefs utilisée dans les différentes législations des états peut ne pas correspondre à celle reprise dans la législation fédérale¹¹⁵³ ou varier d'état à état¹¹⁵⁴. Enfin, l'approche adoptée au niveau fédéral et au niveau des états est également différente. Au niveau fédéral, quatre législations séparées ont été adoptées et couvrent chacune un grief spécifique de discrimination. Au niveau des états n'existe en principe qu'une seule législation couvrant plusieurs griefs de discrimination, de nouveaux griefs ayant été graduellement adoptés, comme en Nouvelle Galles du Sud ou dans l'état de Victoria par exemple.

Cette coexistence n'est pas sans poser certains problèmes¹¹⁵⁵. Selon la section 109 de la Constitution australienne, quand existe une incohérence entre une législation fédérale et une législation d'un état, la législation fédérale prime « dans la mesure de l'incohérence » (*to the extent of the inconsistency*)¹¹⁵⁶. Mais il n'en demeure pas moins qu'en présence de plusieurs législations,

¹¹⁵¹ La High Court est la cour suprême australienne. La Federal Court of Australia (ci-après « FCA ») est une cour fédérale créée en 1976 et qui a repris certaines des compétences d'appel de la High Court. La majorité des affaires mettant en cause le concept de discrimination depuis quinze ans ont été examinées par la FCA sans donner lieu à appel devant la High Court. En outre, le *Federal Magistrates Act 1999* a créé la *Federal Magistrates Court*. Celle-ci constitue une cour indépendante au niveau fédéral qui joue le rôle de cour inférieure par rapport à la FCA. Elle a, notamment, pour objectif de décharger la FCA du traitement des questions jugées moins complexes. Les jugements rendus par cette nouvelle cour ne sont pas pris en compte ci-dessous.

¹¹⁵² Le *Anti-Discrimination Act* de la Nouvelle Galles du Sud interdit, à des degrés divers, la discrimination fondée sur la race, le sexe, le harcèlement sexuel, la conversion sexuelle, le statut marital, les responsabilités en tant que *carer*, l'homosexualité, l'âge et le handicap, ainsi que le dénigrement fondé sur la séroposivité, et le Territoire du Nord est le seul à définir comme discriminatoire le harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle, mais le harcèlement sexuel est prohibé par tous les états. Sur l'évolution de la législation en Tasmanie, voy. G. Bernardi, « From conflict to convergence : the evolution of Tasmanian anti-discrimination law », *7 Australian Journal of Human Rights*, (2001), p. 134.

¹¹⁵³ Par exemple, le concept de « race » n'est pas défini de la même manière dans la législation fédérale et dans les législations de Nouvelle Galles du Sud ou de Victoria. De même, le concept de « handicap » paraît plus étendu dans la législation de l'Australie du sud que dans le *Disability Discrimination Act*, voy. l'arrêt *Purvis v. New South Wales*, de la FCA, point 31[2002] FCA 503 (24 avril 2002).

¹¹⁵⁴ Par exemple, le concept de « race » est défini en Nouvelle Galles du Sud comme incluant « colour, nationality, descent and ethnic, ethno-religious or national origin ». Dans les états du Victoria et du Queensland, ce concept est défini comme incluant « colour, descent or ancestry, nationality or national origin, ethnicity or ethnic origin ».

¹¹⁵⁵ S. Pritchard, « Approaching its Use-by-Date ? National Enforcement Mechanisms : the Case of Australia », in *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, p. 365, parle d'une « complexité déroutante ».

¹¹⁵⁶ Sur cette question, voy. l'arrêt *Viskauskas v. Niland* dans lequel la High Court jugea certaines dispositions de l'*Anti-Discrimination Act 1977* de la Nouvelle Galles du Sud incompatibles avec le RDA « to the extent of inconsistency ».

fédérale ou d'un état, un particulier doit effectuer un choix de la législation applicable et ce choix emporte certaines conséquences. Ainsi, s'il dépose une plainte, pour cause d'une prétendue discrimination fondée sur le sexe, au titre de la législation pertinente d'un état, il ne peut plus déposer une plainte au titre de la législation fédérale (s. 10 du *Sex Discrimination Act*). Il semble toutefois qu'en pratique cette limitation puisse être contournée dans certaines hypothèses¹¹⁵⁷.

Un autre problème découle du fait que toutes les dispositions des législations fédérales ne sont pas applicables dans le cas d'agissements des états. Ainsi, la s. 12 (1) du *Sex Discrimination Act* dispose que « *this Act binds the Crown in the right of the Commonwealth and of Norfolk Island but, except as otherwise expressly provided by this Act, does not bind the Crown in the right of a State* ». Une citoyenne australienne, lutteuse professionnelle de kickboxing, avait sollicité de l'état de Nouvelle Galles du Sud son enregistrement comme lutteuse professionnelle. Celui-ci lui avait été refusé au motif que selon la législation de cet état¹¹⁵⁸, un tel enregistrement n'est possible que pour les hommes. Elle argua alors qu'elle avait été victime d'une discrimination fondée sur le sexe, contraire à la s. 18 du *Sex Discrimination Act*¹¹⁵⁹. Se fondant sur la s. 12(1) de l'*Act*, la FCA jugea d'abord (para. 26) que la Boxing Authority « *is properly to be regarded as the Crown in right of New South Wales* », et conclut dès lors que la s. 18 ne pouvait être invoquée par l'intéressée. Cette dernière ayant essayé de contourner cet obstacle en se prétendant victime d'une discrimination fondée sur l'article 22 de l'*Act*, lequel interdit la discrimination dans la fourniture d'un service et prévoit expressément « *that it binds the Crown in the right of a State* », la FCA n'éprouva guère de difficultés à rejeter (para. 58 à 67) cette prétention au motif que cette disposition n'était pas, matériellement, en cause¹¹⁶⁰. La FCA conclut dès lors que la disposition contestée de la législation de Nouvelle Galles du Sud ne pouvait être invalidée au titre de la s. 109 de la Constitution^{1161 1162}.

¹¹⁵⁷ Chris Ronalds, « *Discrimination Law and Practice* », Leichhardt, 1998, p. 10. En outre, cette interdiction ne vise pas le cas dans lequel un plaignant introduit une action au titre de la législation d'un état lorsque le juge saisi se déclare incompétent ; ce plaignant doit avoir la possibilité d'introduire une action, au titre de la législation fédérale, et cela en raison du principe général du droit d'accès à une protection juridictionnelle, arrêt *Barghouti v. Transfield Pty Ltd*, de la FCA, para. 14.

¹¹⁵⁸ Il semble qu'une telle impossibilité n'existe que dans cet état australien.

¹¹⁵⁹ Qui prohibe les discriminations notamment en matière de délivrance et de renouvellement d'autorisation à l'emploi.

¹¹⁶⁰ Dès lors que la s.18 a explicitement pour but l'accès à la profession, la s.22 ne peut être interprétée comme s'étendant également à la question des demandes d'enregistrement comme lutteur professionnel en vertu de la maxime latine *generalia specialibus non derogant*.

¹¹⁶¹ *Ferneley v. The Boxing Authority of New South Wales*, [2001] FCA 1740 ; il ne fait pourtant guère de doute que la s. 18 du *Sex Discrimination Act* prohibe ce genre de discriminations. Le juge de la FCA (Wilcox J.) qui a rendu cet arrêt était manifestement conscient que son arrêt pourrait être perçu comme « décevant » (para. 99) par beaucoup et était d'avis que les dépens ne devraient pas être mis à la charge de la plaignante.

¹¹⁶² Cet arrêt *Ferneley* est aussi intéressant en ce qu'il semble que c'était la première fois que la FCA était appelée à se prononcer sur l'interprétation de la s. 42 du *Sex Discrimination Act* lequel dispose « *nothing in Division 1 or 2 renders it unlawful to exclude persons of one sex from participation in any competitive sporting activity in which the strength, stamina or physique of competitors is relevant* ». L'état défendeur arguait que

Il convient enfin de signaler que la High Court et la FCA sont appelées à interpréter les législations tant fédérales que des états de la fédération. Dans cette tâche, elles sont en principe tenues de respecter les particularités de chacune de ces législations. Toutefois, il apparaît que lorsqu'elles sont appelées à interpréter les notions de discrimination « directe » ou « indirecte » existant dans une législation d'un état, la High Court et la FCA appliquent les critères définis par la High Court dans l'interprétation des législations fédérales¹¹⁶³. Cette approche permet ainsi une interprétation unique de ces concepts essentiels dans l'ensemble de la fédération australienne, quelle que soit la législation interprétée¹¹⁶⁴.

Un principe d'égalité est inscrit à la section 117 de la Constitution australienne, qui dispose que :

« A subject of the Queen¹¹⁶⁵, resident in any State, shall not be subject in any other State to any disability¹¹⁶⁶ or discrimination which would not be equally applicable to him if he were a subject of the Queen resident in such other State ».

Cette disposition vise à interdire les discriminations qui seraient opérées entre citoyens australiens selon qu'ils résident ou non dans l'état concerné. L'arrêt rendu en 1989 par la *High Court* dans l'affaire *Street v. Queensland Bar Association* et qui porte sur l'interprétation de cette disposition constitutionnelle mérite d'être mentionné¹¹⁶⁷.

M. Street est un avocat résidant en Nouvelle Galles du Sud et admis à exercer comme avocat (« barrister ») dans d'autres états. En revanche, son admission comme avocat à la cour suprême de l'état du Queensland lui fut refusée, au motif, d'une part, qu'il entendait continuer à résider dans son état d'origine, et, d'autre part, qu'il n'avait pas cessé de pratiquer sa profession dans son état

compte tenu de son libellé, cette disposition permet d'exclure les femmes de toute compétition sportive, même entre femmes, dès lors que pour cette compétition la force ou la résistance physique sont déterminantes. La FCA rejeta cette interprétation, notamment après s'être appuyée sur la décision rendue dans l'affaire *South v. Royal Victorian Bowls Association Inc* ([2001] VCRT 2001 207) par un tribunal de l'état de Victoria ayant eu à interpréter une disposition similaire figurant dans la législation de cet état. Néanmoins, cette interprétation de la FCA fut sans conséquence pratique, la s. 42 ne pouvant être invoquée concrètement en l'espèce compte tenu de l'absence d'applicabilité de la s. 18.

¹¹⁶³ Voy. *Edgley* (FCA).

¹¹⁶⁴ Il peut d'ailleurs être noté que l'arrêt *Waters*, « fondateur » de la jurisprudence de la High Court sur la distinction entre discriminations directe et indirecte, fut rendu à propos de l'*Equal Opportunity Act 1984* de l'état du Victoria (voy. ci-dessous).

¹¹⁶⁵ Par quatre voix contre trois, la High Court décida en 2003 dans *Shaw v. Minister for Immigration*, que n'est pas un « sujet de la Reine » aux fins de l'application de la s. 117 de la Constitution un citoyen britannique arrivé en Australie en 1974 et vivant depuis lors dans ce pays de manière permanente ; voy. le point 30 de l'avis du *Chief Justice Gleeson* et des juges *Gummow* et *Haynes*.

¹¹⁶⁶ Sur la distinction entre « disability » et « discrimination », voy. les explications détaillées du juge *Brennan* dans l'arrêt *Street*, para. 20. En bref, « discrimination is a broader term than disability but the two terms are not mutually exclusive : a discriminatory imposition of a disability is comprehended by both ».

¹¹⁶⁷ Cet arrêt est le premier dans lequel un particulier a invoqué avec succès une garantie constitutionnelle expresse d'un droit civil ou politique.

d'origine¹¹⁶⁸. La cour suprême du Queensland avait jugé ce refus conforme à la s. 117. La High Court, à l'unanimité de ses 7 juges, cassa ce jugement au terme d'un arrêt extrêmement détaillé sur la portée du droit constitutionnel à l'égalité. La High Court s'écarta de sa propre jurisprudence antérieure et jugea, en s'appuyant sur la jurisprudence des cours suprêmes canadienne et américaine, que la s. 117 interdit non seulement les discriminations directes, mais couvre également celles qui produisent un « *adverse effect discrimination* », c'est-à-dire celles qui sont indirectement discriminatoires^{1169 1170}.

Le principe inscrit à la s. 117 de la Constitution ne constitue toutefois pas un principe général de « protection égale devant la loi » comparable au 14^e Amendement à la Constitution américaine ou à l'article II-80 de la Constitution européenne. Un tel principe n'existe pas, même de manière implicite, dans la Constitution australienne. Dans l'arrêt *Leeth v. Commonwealth* de la High Court de 1992, les juges Deane et Toohey, dans leur opinion dissidente, estimèrent que les pouvoirs législatifs du Commonwealth sont soumis à une garantie constitutionnelle, *implicite*, d'égalité devant la loi, mais la majorité rejeta cette approche. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de ce qu'une disposition du *Commonwealth Prisoners Act 1967* permettait¹¹⁷¹ une discrimination entre prisonniers en laissant à chaque état ou territoire australien la liberté de fixer, pour une même infraction *fédérale*, la durée minimale avant qu'une libération anticipée puisse être accordée aux prisonniers purgeant leur peine dans leur état ou sur leur territoire. Cinq ans plus tard, la High Court confirmera le rejet de cette théorie dans *Kruger v. Commonwealth*¹¹⁷².

Trois législations fédérales ont été adoptées pour prohiber différents griefs de discrimination : le *Race Discrimination Act* en 1975 (ci-après *RDA*), le *Sex Discrimination Act* en 1984 (ci-après *SDA*) et le *Disability Discrimination Act* en 1992 (ci-après le *DDA*). Le *RDA* et le *SDA* ont été adoptés par le législateur fédéral pour mettre spécifiquement en œuvre les obligations résultant pour l'Australie de la ratification des Conventions de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination

¹¹⁶⁸ Ces faits étaient donc assez similaires à ceux ayant donné lieu à l'arrêt *Klopp* de la Cour de justice.

¹¹⁶⁹ « *Discrimination in s. 117 thus extends beyond a law, administrative policy or judicial practice of general application to the actual impact which a law, policy or practice produces on the persons to whom it is directed* », opinion du juge Brennan, para. 23.

¹¹⁷⁰ Le principe affirmé dans *Street* fut confirmé en 1994 dans *Goryl v. Greyhound Australia*. Dans cette affaire, le plaignant, citoyen australien résident en Nouvelle Galles du Sud, avait eu un accident dans l'état du Queensland. En vertu d'une législation de cet état – faisant écho à une législation de Nouvelle Galles du Sud similaire, mais par la suite abrogée –, les dommages auxquels une victime peut prétendre lorsqu'elle réside dans un autre état ne pouvait excéder le montant auquel elle aurait eu droit dans son état de résidence, soit, en l'espèce, une somme considérablement moindre que celle à laquelle aurait pu prétendre une victime du même accident résidant dans le Queensland, voy. point 16 de l'opinion des juges Dawson et Toohey.

¹¹⁷¹ Cette législation fut abrogée à la fin des années quatre-vingts.

¹¹⁷² Voy. également *Putland v. The Queen* de 2004 dans lequel la High Court confirma que la Constitution n'implique pas que les législations fédérales doivent s'appliquer de manière uniforme à travers tout le Commonwealth, opinion des juges Gummow et Heydon, para. 59. Sur cette question, voy. J. Kirk, « *Constitutional Implications (II) : Doctrines of Equality and Democracy* », 25 *Melbourne University Law Review*, (2000), p. 24.

raciale¹¹⁷³ ¹¹⁷⁴ ou contre les femmes¹¹⁷⁵. Le DDA est quant à lui fondé sur différentes conventions internationales.

L'origine « internationale » de ces différents *Acts* n'est pas sans influence sur les méthodes d'interprétation des concepts qu'ils contiennent. Ainsi, tant la High Court que la FCA se réfèrent régulièrement à la jurisprudence de cours suprêmes d'autres Etats (particulièrement les USA, le Canada, le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande) lorsqu'elles sont confrontées à des problèmes délicats d'interprétation de certaines des notions contenues dans ces *Acts*¹¹⁷⁶.

En 2004, le législateur fédéral adopta un nouvel *Act* prohibant les discriminations fondées sur l'âge¹¹⁷⁷. Il n'existe pas, au niveau fédéral, de législation prohibant d'autres motifs de discrimination, tels la religion ou l'orientation sexuelle. Concernant ceux-ci, le *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986* prévoit seulement qu'ils peuvent faire l'objet d'une plainte pour examen par la *Human Rights and Equal Opportunity Commission* (ci-après HREOC), laquelle produit des rapports d'information au Parlement australien sur l'application des législations spécifiques ainsi que sur des cas particuliers concernant les autres motifs de discrimination.

¹¹⁷³ Voy par exemple *Stam* (FCA), para. 31 et l'opinion du juge Sackville dans *Dr Siddiqui*, para. 1.

¹¹⁷⁴ La constitutionnalité du RDA fut contestée en 1982 dans *Koowarta v. Bjelke-Petersen* par l'état du Queensland au motif que le parlement du Commonwealth n'avait pas la compétence pour adopter une telle législation. Par un arrêt « 4-3 », la High Court rejeta ce recours.

¹¹⁷⁵ Voy. par exemple *Aldridge* (FCA), para. 41 et 44. Mais la rédaction du SDA a également été influencée par le *Sex Discrimination Act* britannique de 1975, voy. *Dr Siddiqui* (FCA), opinion du juge Sackville, para. 18.

¹¹⁷⁶ *X v. The Commonwealth* (High Court – 1999) à propos de la question de savoir si le DDA couvre les discriminations fondées sur le SIDA, ou *Macedonian Teachers Association of Victoria* (FCA) à propos de la notion même de discrimination. La FCA a motivé cette approche en soulignant, dans l'arrêt *Rocklea Spinning Mills*, qu'il est « *obviously desirable that expressions used in international agreements should be construed, so far as possible, in a uniform and consistent manner by both municipal Courts and international Courts and Panels to avoid a multitude of divergent approaches in the territories of the contracting parties on the same subject matter* ». Ce constat vaut également pour les cas où la FCA ou la High Court sont appelées à statuer en appel sur des décisions du HREOC à propos de discriminations fondées sur d'autres critères, tel l'âge. Ainsi, dans *Commonwealth of Australia v. HREOC* [2000] FCA 1854, la FCA déclara (para. 31) que la définition du terme « discrimination » figurant dans le *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986* doit être interprétée en Australie conformément à l'interprétation qui est donnée de ce terme dans le cadre de la convention n° 111 de l'OIT, laquelle a inspiré la rédaction de cet *Act*.

¹¹⁷⁷ Dès 1999, le gouvernement fédéral supprima l'âge de retraite obligatoire pour tous les postes relevant de la responsabilité du Commonwealth. L'*Age Discrimination Act 2004* (ci-après « ADACT ») étend notamment cette mesure à tous les emplois, mais il contient également des mesures en matière d'éducation, d'accès aux biens et services, etc..., ainsi que la possibilité d'adopter des mesures, limitées, d'action positive (s. 33 : pour rencontrer les besoins spécifiques d'un groupe d'âge ou compenser le désavantage subi par les personnes d'un âge donné).

Le RDA prohibe les discriminations fondées sur la race¹¹⁷⁸, la couleur, l'origine ethnique¹¹⁷⁹, mais aussi l'origine nationale¹¹⁸⁰, et reprend la définition du concept de race qui se trouve dans la Convention internationale pour l'élimination de toutes formes de discriminations fondées sur la race (ci-après CERD). Il est applicable dans toute une série de domaines: « *It is unlawful for a person to do any act involving a distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of any human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other field of public life* » (s. 9 du RDA).

Le SDA prohibe les discriminations fondées sur le sexe ainsi que le harcèlement sexuel¹¹⁸¹, mais pas l'orientation sexuelle. En 1992, le SDA a été amendé pour inclure l'interdiction de discrimination

¹¹⁷⁸ Il est intéressant de noter qu'un Egyptien a défendu avec succès la thèse qu'en tant qu'Egyptien, il avait été victime d'une discrimination fondée sur la race contraire à l'*Anti-Discrimination Act 1977* de Nouvelle Galles du Sud. Bien que l'arrêt de la High Court ait cassé l'arrêt de la cour de Nouvelle Galles du Sud pour des motifs de constitutionnalité, elle ne remet pas en cause ce point de l'arrêt de la cour inférieure, *University of Wollongong v. Metwally*.

¹¹⁷⁹ Il faut noter que cette notion a une portée très large en droit australien (en dehors du fait qu'elle couvre à l'évidence d'abord les Aborigènes – voy. par exemple *McGlade v. Lightfoot* (FCA)). Ainsi, lors de l'adoption du *Racial Hatred Bill 1994*, lequel donna lieu à un amendement du RDA en 1994 pour y inclure une partie intitulée « Interdiction des comportements offensants fondés sur la haine raciale », il fut déclaré dans l'exposé des motifs du *Bill* que le terme « origine ethnique » doit se voir reconnaître la portée la plus large possible pour permettre la protection des peuples tels que les Sikhs, les Juifs et les Musulmans. Voy. également l'arrêt de la FCA dans *Jones v. Scully* confirmant que les Juifs en Australie constituent un peuple avec une « origine ethnique ». Cet arrêt s'appuie non seulement sur l'exposé des motifs du *Racial Hatred Bill 1994*, mais aussi sur la jurisprudence néo-zélandaise (*King-Ansell v. Police* de la Court of Appeal de 1979) et anglaise (*Mandla v. Lee* de la House of Lords de 1983). Il n'existe en revanche pas d'arrêt appliquant le RDA aux Musulmans. La FCA définit la notion d'origine ethnique comme suit, en reprenant les termes de l'arrêt de la cour d'appel néo-zélandaise : « un groupe est identifiable en termes de ses origines ethniques s'il constitue un segment de la population qui se distingue des autres par une combinaison suffisante d'habitudes partagées, de croyances, de traditions et de caractéristiques dérivées d'un passé commun ou présumé commun, même s'il n'est pas issu de ce qui, en termes biologiques, constitue un tronc racial commun. C'est cette combinaison qui leur donne une identité sociale déterminée historiquement à leurs propres yeux et aux yeux de ceux qui se trouvent en dehors du groupe. Ils ont une identité sociale basée pas simplement sur la cohésion et la solidarité du groupe, mais également sur leur croyance en ce qui concerne leurs antécédents historiques ».

¹¹⁸⁰ La FCA (juge unique) a jugé en 1998 dans *De Silva* qu'il y a lieu de distinguer « l'origine nationale » de la « nationalité » en s'appuyant sur la jurisprudence de la *House of Lords* britannique (*Ealing London Borough Council v Race Relations Board* [1972] AC 342 – eu égard à « l'objet racial » de la législation, les mots « origine nationale » signifient « national » au sens de la race et non de la nationalité (*citizenship*), Vicomte Dilhorne ; selon Lord Cross, l'expression « national origin » suggère une connection subsistant à la naissance entre un individu et un ou plusieurs groupes de personnes qui peuvent être décrits comme une « nation », qu'elle constitue ou non un état souverain. La connection existe normalement parce que les parents, ou l'un des parents, de l'individu sont, ou est, identifié(s) par leur ascendance avec la nation en cause, mais il peut arriver qu'elle existe aussi parce que les parents se sont établis parmi les personnes en cause).

Suite à l'appel de l'intéressé devant le *Full Bench* de la FCA, celui-ci confirma que le fait que la nationalité constitue un indice fort de l'origine nationale ne signifie pas nécessairement que ces deux concepts sont réellement identiques, de sorte qu'une discrimination fondée sur la « nationalité » serait, elle aussi, prohibée par le RDA. Voy. également les arrêts *Siddiqui* et *Macabenta* (FCA).

¹¹⁸¹ Les mêmes faits peuvent donner lieu à plainte pour discrimination fondée sur le sexe et pour harcèlement sexuel, *Susan Hall* (FCA) et *Elliott v. Nanda* (FCA). En 2003, les plaintes pour harcèlement sexuel enregistrées par le HREOC représentaient 27 % des plaintes fondées sur le SDA ; *HREOC, Annual Report, 2003*, p. 77

fondée sur les « responsabilités familiales », mais celle-ci ne vaut que dans le domaine de l'emploi¹¹⁸² alors que les autres formes de discrimination s'appliquent dans d'autres secteurs, tels que l'enseignement, la fourniture de biens et de services et l'accès au logement. Le SDA a donc un champ d'application matériel beaucoup plus large que le droit communautaire, lequel, jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive 2004/113, n'interdit que les discriminations dans le domaine de l'emploi.

Le DDA prohibe les discriminations fondées sur le handicap et a un champ d'application très étendu puisqu'il s'applique non seulement au domaine de l'emploi, comme le droit communautaire, mais également aux secteurs de l'enseignement, de la fourniture de biens et de services, de l'accès au logement, du sport....

Il y a lieu de noter que la FCA a jugé que ces trois législations n'ont pas d'effet extra-territorial¹¹⁸³.

Par rapport aux autres ordres juridiques étudiés, le système australien présente la particularité de reposer sur une séparation très nette entre discrimination directe (section 1) et discrimination indirecte (section 2), des principes distincts régissant le raisonnement de la High Court et de la FCA selon qu'elles sont confrontées à l'une ou à l'autre.

Section 1 - La discrimination directe : une approche différenciée selon le motif

En droit australien, la discrimination directe et la discrimination indirecte sont deux concepts « qui s'excluent mutuellement »¹¹⁸⁴. Il semble que la plupart des plaintes se fondent sur l'existence d'une discrimination *directe* tandis que les principes guidant l'interprétation de la discrimination *indirecte* restent relativement inexplorés et sous-utilisés¹¹⁸⁵ (§ 1). Il est intéressant de constater qu'à la différence du législateur communautaire, le législateur australien a choisi de donner de la discrimination directe une définition différente selon le grief (§ 2). En revanche, de nombreux traits de

¹¹⁸² Ce nouveau grief correspond globalement au contenu de la directive 96/34/CE sur le congé parental. Voy. notamment *Commonwealth of Australia v. Evans* (FCA).

¹¹⁸³ *Brannigan* (FCA). Mme Brannigan est une citoyenne australienne employée par l'Australian High Commission à Londres au moment des faits. Elle déposa une plainte auprès de la *Human Rights and Equal Opportunity Commission* pour violation du RDA, du SDA et du DDA. Examinant les dispositions réglant le champ d'application territorial de chacun de ces trois *Acts*, la FCA jugea que « *neither the SDA, nor the DDA nor the RDA have extra-territorial effect. The complaints that Ms Brannigan has raised – even accepting them at their highest – all occurred within the United Kingdom. (Ms Brannigan's lawyer) acknowledged that there was no foundation for the proposition that diplomatic premises are to be regarded as outside the Territory of the receiving state* ».

¹¹⁸⁴ C. Ronalds, p. 26, lequel s'appuie sur l'arrêt *Waters* (High Court). Voy. également *Edgley* (FCA), para. 78. Cette distinction reste toutefois combattue. Ainsi, dans l'affaire *Edgley*, la cour suprême de l'Australian Capital Territory, dont l'arrêt fut cassé en appel par la FCA, estimait, s'appuyant sur l'opinion dissidente des juges Mason et Gaudron dans l'affaire *Waters*, qu'il s'agit là d'une « fausse question » et qu'en conséquence un comportement discriminatoire peut tout à la fois relever des dispositions condamnant, soit la discrimination directe, soit la discrimination indirecte.

¹¹⁸⁵ C. Ronalds, *loc. cit.*

la discrimination directe identifiés par la High Court ou la FCA rapprochent la jurisprudence australienne de la jurisprudence de la Cour. Il faut toutefois noter que la jurisprudence récente concernant le handicap semble rendre très difficile le constat d'une discrimination fondée sur ce motif (§ 3).

§ 1 – Nette séparation entre discriminations directes et indirectes

C'est l'arrêt *Waters* de 1991 qui est considéré comme ayant définitivement établi la doctrine de la High Court sur la distinction à faire entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte ». Dans cet arrêt, les juges Dawson et Toohey déclarèrent (para. 21) notamment :

«A distinction is often drawn between two forms of discrimination, namely "direct" or "disparate treatment" discrimination and "indirect" or "adverse impact" discrimination. Broadly speaking, direct discrimination occurs where one person is treated in a different manner (in a less favourable sense) from the manner in which another is or would be treated in comparable circumstances on the ground of some unacceptable consideration (such as sex or race). On the other hand, indirect discrimination occurs where one person appears to be treated just as another is or would be treated but the impact of such "equal" treatment is that the former is in fact treated less favourably than the latter. The concept of indirect discrimination was first developed in the United States in relation to practices which had a disproportionate impact upon black workers as opposed to white workers: Griggs v. Duke Power Co. (1971) 401 US 424. Both direct and indirect discrimination therefore entail one person being treated less favourably than another person. The major difference is that in the case of direct discrimination the treatment is on its face less favourable, whereas in the case of indirect discrimination the treatment is on its face neutral but the impact of the treatment on one person when compared with another is less favourable ».

Ce passage de l'arrêt *Waters* est intéressant à plusieurs égards. Il illustre tout d'abord le fait que les juridictions australiennes s'appuient fréquemment sur les jurisprudences de pays étrangers pour l'interprétation de concepts communs. Ensuite, cet arrêt montre que sur le plan théorique la High Court adopte une définition de la « discrimination directe » et de la « discrimination indirecte » très similaire à celle existant en droit communautaire dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. En revanche, ce passage ne dit rien sur le fait que, selon la High Court et la FCA, ces deux

concepts sont très distincts, en ce que les conditions à remplir pour constater l'existence de l'une ou l'autre de ces discriminations sont très différentes, de sorte que la question de savoir si l'on a affaire à l'une ou l'autre ou si la disposition en cause interdit seulement la première ou couvre également la seconde sont souvent des questions essentielles examinées par les cours australiennes¹¹⁸⁶.

§ 2 – Définitions différentes selon le motif prohibé

Le SDA et le DDA, à l'inverse du RDA¹¹⁸⁷, contiennent une définition de la discrimination directe.

Dans le SDA, la discrimination directe est définie comme suit :

« 1) For the purposes of this Act, a person (in this subsection referred to as the discriminator) discriminates against another person (in this subsection referred to as the aggrieved person) on the ground of the sex of the aggrieved person if, by reason of: (a) the sex of the aggrieved person; (b) a characteristic that appertains generally to persons of the sex of the aggrieved person; or (c) a characteristic that is generally imputed to persons of the sex of the aggrieved person; the discriminator treats the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person of the opposite sex. » (s. 5(1))¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Voy. par exemple *Edgley* (FCA) sur la première question et *Commonwealth of Australia v. HREOC* (FCA – [2000] FCA 1854) sur la seconde.

¹¹⁸⁷ Le RDA contient une disposition générale (s. 9(1)) qui rend la discrimination raciale illégale dans un certain nombre de domaines : « *It is unlawful for a person to do any act involving a distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of any human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other field of public life* ». En revanche, une définition de la discrimination indirecte fut introduite dans le RDA en 1990 (s. 9(1A)).

La s. 9 est complétée par la s. 10 qui dispose que si une personne, en raison de sa race, sa couleur, son origine ethnique ou nationale ne bénéficie pas, ou de manière plus limitée, d'un même droit que les personnes d'une autre race, la première, en vertu de cette s. 10, doit en bénéficier de la même manière que les secondes.

Les s. 9(1) et 10 n'utilisent pas les mots « discrimination » ou « discriminatoire », mais comme la High Court l'a expressément indiqué dans *Western Australia v. Ward*, cette particularité n'est pas surprenante et découle de l'origine du RDA, dont la formulation est fondée sur le libellé de la CERD ; toutefois les mots « discrimination » ou « discriminatoire » sont invariablement utilisés par la High Court dans ses arrêts sur l'interprétation des s. 9 et 10 du RDA, lesquels proscrivent non seulement les législations ayant un objectif discriminatoire, mais également celles qui produisent un tel effet (para. 105).

¹¹⁸⁸ Une même définition existe *mutatis mutandis* dans les s. 6(1) et 7(1) à propos du « statut marital » (par exemple le fait de discriminer une femme dans la fourniture d'un service parce qu'elle vit seule (*McBain* (FCA – législation ne permettant les traitements contre l'infertilité qu'au profit de femmes mariées vivant réellement sous le même toit avec leur mari ou vivant *de facto* avec un homme – sur cette affaire et ses suites, voy. K. Walker, « *The Bishops, The Doctor, His Patient and the Attorney-General: The Conclusion of the McBain Litigation* », 30 *Federal Law Review*, (2002), p. 547) et de la « grossesse » ou de la « grossesse potentielle » respectivement. Ces deux griefs sont donc distingués de la discrimination fondée sur le sexe en tant que telle et ont une existence propre ; sur cette « existence propre » de la discrimination fondée sur la grossesse, voy. *Thomson v. Orica Australia* (FCA). Il est intéressant de noter que dans cet arrêt, la FCA, tout en admettant

Cette définition est plus détaillée que celle existant en droit communautaire dans la directive 76/207/CEE, telle qu'amendée par la directive 2002/73. Il est par ailleurs intéressant de relever qu'en droit australien également, une différence de traitement fondée *directement* sur le sexe *ne peut pas* être justifiée (voy. *ci-dessous*).

Le DDA définit la notion de discrimination directe de la manière suivante :

1) *For the purposes of this Act, a person (discriminator) discriminates against another person (aggrieved person) on the ground of a disability of the aggrieved person if, because of the aggrieved person's disability¹¹⁸⁹, the discriminator treats or proposes to treat the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person without the disability. (s. 5(1))*

2) *For the purposes of subsection (1), circumstances in which a person treats or would treat another person with a disability are not materially different because of the fact that different accommodation or services may be required by the person with a disability. (s. 5(2))¹¹⁹⁰*

La définition donnée par la s. 5(1) est assez similaire à celle existant dans la directive 2000/78/CE. Il résulte de la jurisprudence de la High Court et de la FCA que la discrimination *directe* fondée sur le handicap *ne peut* être justifiée (voy. *ci-dessous*). Il y a lieu toutefois de souligner que le DDA ne rend pas illégal dans tous les domaines le harcèlement des personnes handicapées¹¹⁹¹. Le DDA – comme le

qu'une discrimination fondée sur la grossesse (en l'espèce sur le fait qu'à la suite de son congé de maternité, Ms Thomson a été discriminée par son employeur lorsqu'elle a voulu récupérer son emploi) constitue une discrimination directe, estime néanmoins nécessaire, contrairement à la Cour de justice, de comparer la situation de la femme ayant accouchée à celle d'un autre travailleur masculin pour arriver au constat de l'existence d'une discrimination. Sur cette arrêt, voy. B. Smith et J. Riley, « Family-friendly Work Practices and the Law », 26 *Sydney Law Review*, (2004), p. 395 et surtout p. 405. Un *pourvoi* devant la *High Court* a été formé contre cet arrêt de la FCA (xxx)

¹¹⁸⁹ Ce terme couvre également les handicaps psychologiques, *Tate v. Rafin* (FCA), para. 64, dans lequel le plaignant invoquait souffrir d'un *post traumatic stress disorder* résultant de sa participation à la guerre du Vietnam.

¹¹⁹⁰ La sous-section (2) n'inclut pas un élément d'action positive ou d'*affirmative action* en tant que tel, mais seulement l'obligation pour l'employeur ou une école, par exemple, de prendre des arrangements raisonnables nécessités par le handicap de la victime en vue de permettre le traitement comparable avec la personne ne souffrant pas d'un handicap; obligation à laquelle il peut être d'ailleurs dérogé au titre de la clause du « *undue hardship* », voy. *A school v. HREOC* (FCA) 1998. Dans *Clarke v. Catholic Education Office* était ainsi en cause le type d'arrangement raisonnable que devait assurer l'école aux fins de permettre à un enfant sourd de naissance de participer pleinement, et dans les mêmes conditions que ses condisciples, aux cours. La FCA jugea qu'était discriminatoire son refus de prévoir une assistance pour l'interprétation dans la langue des signes australienne (*Auslan*).

¹¹⁹¹ Il est illégal dans le domaine de l'emploi, de l'éducation (lorsqu'il est le fait de professeurs, mais pas lorsqu'il est pratiqué par d'autres élèves) et de la fourniture de biens et de services. Il n'est pas illégal dans

SDA - ne fait pas non plus du harcèlement prohibé une *discrimination*, à la différence de la directive, mais bien un grief distinct.

Adopté en 2004, l'ADACT définit la discrimination directe comme suit :

(s. 14) : For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the age of the aggrieved person if: (a) the discriminator treats or proposes to treat the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person of a different age; and (b) the discriminator does so because of: (i) the age of the aggrieved person; or (ii) a characteristic that appertains generally to persons of the age of the aggrieved person; or (iii) a characteristic that is generally imputed to persons of the age of the aggrieved person.

Cette définition est très large, puisqu'elle assimile à la différence de traitement directement fondée sur l'âge, celle qui se fonde sur une caractéristique appartenant généralement aux personnes ayant l'âge de celles se plaignant de la discrimination ou même qui leur est seulement généralement attribuée ! Il reste à voir la manière dont la High Court et la Federal Court interpréteront cette extension de la notion de discrimination directe. En revanche, à la différence du SDA, du DDA, et de la directive 2000/78, l'ADACT ne contient pas de disposition interdisant le harcèlement fondé sur l'âge.

§ 3 – Caractéristiques essentielles

De façon générale la difficulté rencontrée par les juridictions australiennes n'a pas été d'identifier correctement le motif de discrimination, mais de donner un sens à l'expression « by reason of » (en raison de) utilisée par le SDA ou « based on » (fondée sur) employée par le RDA.

I – Différence de traitement « fondée » sur « un motif »

Cette question a donné lieu à des débats intenses, toujours actuels, devant les juridictions australiennes, au point qu'elle est souvent considérée comme « la question la plus cruciale »¹¹⁹². Le point de départ est que dans l'hypothèse d'une allégation de discrimination directe, il est impératif

d'autres domaines, tels que le logement, le sport, les clubs ou l'administration des programmes du Commonwealth.

¹¹⁹² C. Ronalds, p. 30 ; pour une illustration d'un tel débat intense, voy. *Thomson v. Orica Australia* (FCA), para. 151 et seq.

que soit établie l'existence d'un lien causal identifiable entre le motif de la différence de traitement alléguée et la décision ou l'acte servant de base à l'allégation de discrimination.

1) Nécessité d'établir un lien causal

Dans l'affaire *Dopking* (n°1), le juge Lockhart déclarait (para. 21) : « *In my opinion the phrase "by reason of" in s. 5(1) of the Act should be interpreted as meaning "because of", "due to", "based on" or words of similar import which bring something about or cause it to occur. The phrase implies a relationship of cause and effect between the marital status (...) of the aggrieved person and the less favourable treatment by the discriminator of that person* ». Cette déclaration confirmait le point de vue développé par la High Court en 1989 dans *Banovic* par les juges Deane et Gaudron et dans *Waters* en 1991 par les juges Gaudron et Mason. Le point de vue de la High Court sur cette question est, à ce jour, constant. En revanche, il semble que les positions au sein de la FCA soient, encore aujourd'hui, plus contrastées en dépit d'un arrêt allant dans le même sens rendu par trois juges dans *Macabenta* en 1998. Ainsi, dans *Macedonian Teachers* (FCA- 1999), le juge Weinberg estima que l'expression « based on » comprenait également la notion plus large « by reference to », laquelle n'exige pas nécessairement un lien causal entre le motif de la différence de traitement alléguée et la décision ou l'acte servant de base à l'allégation de discrimination¹¹⁹³. En revanche, le juge Kiefel, dans *Creek* en 2001, s'est distanciée de cette opinion et s'en est tenu à la ligne définie par la High Court dans *Banovic*¹¹⁹⁴.

Une prise de position en faveur de l'une ou l'autre thèse n'est pas innocente, car elle conditionne également la réponse à donner à une autre question fondamentale : le constat d'une discrimination directe requiert-il *une intention discriminatoire* dans le chef de la personne procédant à la discrimination ou une discrimination directe peut-elle être constatée quelque soit le *motif* ayant présidé au comportement de cette personne et même si la discrimination est *inconsciente* ou *involontaire* ? (voy. ci-dessous).

Il convient de noter que dans le contexte du DDA, la portée donnée au terme « because » peut sembler parfois artificielle et restrictive. Ainsi, selon la FCA « *where an educational authority is unaware of the disability, but treats a person differently, namely, less favourably, because of that*

¹¹⁹³ En outre, la FCA a considéré que l'expression « based on » qui se trouve également dans le *HREOC Act 1986* (s. 3, lettre c) : « discrimination does not include any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirement of the job » ne doit pas être interprétée de la même manière que dans le RDA ou le SDA (au motif que cette expression ne constituerait pas une partie essentielle de la définition du terme « discrimination » !), mais par référence à la convention n° 111 de l'OIT qui constitue la source essentielle de cet *Act*, *Commonwealth of Australia v. HREOC*, [1999] FCA 1524 (4 novembre 1999), opinion du Chief Justice Black, para. 34-35.

behaviour, it could not be said that the educational authority has treated the person less favourably because of the disability »¹¹⁹⁵. Ce point de vue l'a même conduit à estimer en 2001, dans *State of New South Wales v. HREOC*, que la discrimination n'était pas « en raison » du handicap, lorsque, en l'espèce, le comportement en cause est *effectivement* causé par le handicap, dès lors qu'il n'est pas prouvé que, de manière générale, un tel comportement dépend de ce handicap.

De manière également étonnante, elle a aussi conclu, en appel de ce jugement rendu par un juge unique, dans le cas du renvoi d'une école d'un élève ayant exprimé à plusieurs reprises un comportement violent et antisocial *en raison* de lésions cérébrales graves, que la comparaison doit se faire entre l'attitude adoptée à son encontre et celle qui aurait été adoptée à l'encontre d'une personne n'ayant pas le même handicap, mais dans les mêmes circonstances de violences répétées. Il est permis dans ce cas de se demander dans quelle mesure une discrimination *en raison* du handicap peut encore être constatée¹¹⁹⁶.

Dans son arrêt rendu en appel, la High Court confirma l'arrêt de la FCA par quatre voix contre deux¹¹⁹⁷. Pourtant, comme l'expriment les juges McHugh et Kirby dans leur opinion dissidente commune, c'est précisément son handicap qui rendait la situation du requérant matériellement différente de celle d'une personne capable de contrôler son comportement, mais qui, pour une raison ou une autre, se refuse à s'auto-contrôler (point 128). Ils ajoutent que les mots « because of » utilisés dans le DDA indiquent que c'est la raison pour laquelle la personne opérant la discrimination agit qui est seule pertinente (point 148).

Cet arrêt de la High Court fut appliqué par la FCA dans un cas de refus d'embauche – *Y v. HREOC*, cas d'un candidat atteint de troubles schizophréniques récurrents ayant formulé des menaces par téléphone à une employée de la poste australienne et qui s'est vu refuser un emploi par celle-ci. S'appuyant sur l'arrêt de la High Court, la FCA affirme que ce refus d'embauche n'est pas constitutif d'une discrimination, car Y n'a pas été traité de manière moins favorable que ne l'aurait été un candidat ne souffrant pas de ce handicap, mais ayant eu le même comportement (para. 28). La FCA

¹¹⁹⁴ En 2002 dans *Scully v. Jones*, la High Court confirma explicitement le point de vue défini par la FCA dans *Creek* en affirmant que la question à se poser est celle de savoir s'il existe une raison de penser que la race (ou le sexe) a constitué un facteur dans la décision prise (para. 114).

¹¹⁹⁵ *Tate v. Rafin* [2000] FCA 1582. Dans cette affaire, il a été jugé par la FCA que ce qui importe c'est de savoir si le handicap de la victime a joué un rôle dans la décision prise (ou le comportement) par la personne ayant commis la prétendue discrimination ; si tel n'est pas, l'effet subjectif de cette décision tel que ressenti par la prétendue victime, ne suffit pas à présumer l'existence d'une discrimination, voy. les para. 67 à 69 de l'arrêt dans lesquels la FCA juge que le handicap du plaignant n'est pas la cause de la décision prise par la direction de son club de cricket de ne pas le faire jouer un match.

¹¹⁹⁶ Voy. *Purvis v. New South Wales*, para. 29. Pour une même critique, voy. B. Gaze, « Context and Interpretation in Anti-Discrimination Law », 26 *Melbourne University Law Review*, (2002), p. 325 et texte sous note (29).

appliqua également le raisonnement de l'arrêt *Purvis* dans deux cas de licenciement - *Power v. Aboriginal Hostels Ltd* (para. 8) et *Fetherston v. Peninsula Health* (para. 89). L'arrêt *Purvis* marque donc une évolution importante vers une interprétation restrictive de l'interdiction des discriminations directes *en raison* d'un handicap.

2) Interprétation extensive des motifs prohibés

Une discrimination est directe si la différence de traitement pratiquée a explicitement pour motif la race¹¹⁹⁸, le sexe (ou un autre motif explicitement mentionné dans le SDA) ou le handicap. Constitue ainsi une discrimination directe une différence de traitement directement fondée sur le « statut marital » de la bénéficiaire d'un service¹¹⁹⁹. Dans le cadre du DDA, il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui constitue un « handicap ». Dans l'affaire *Mardsen*, la FCA a considéré que la dépendance à l'opium est couverte par cette notion de sorte que le refus de servir de l'alcool à un membre ayant une dépendance à l'opium, puis son exclusion du club¹²⁰⁰ constitue une discrimination directe fondée sur son handicap¹²⁰¹.

Mais la définition de la « discrimination directe » donnée par le SDA couvre également l'hypothèse de la différence de traitement fondée sur une « caractéristique » appartenant généralement aux personnes d'un sexe. Cette extension du concept de discrimination directe répond au souci de prévenir « *the circumvention that would otherwise occur where discriminators justified their conduct by reference to a characteristic (actual or imputed) of persons of a particular marital status, rather than by reference to the marital status itself. Parliament may also have been concerned with discrimination based on stereotyping* »¹²⁰². La même hypothèse est également couverte par l'ADACT.

3) Caractère hypothétique du comparateur

En droit communautaire, la Cour de justice n'a pas vraiment eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, la plaignante, dans un cas individuel,

¹¹⁹⁷ Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voy. S. Edwards, « *Purvis in the High Court: Behaviour, Disability and the Meaning of Direct Discrimination* », 26 *Sydney Law Review* (2004), p. 639

¹¹⁹⁸ Le RDA ne contient pas de définition de la « discrimination directe ». Cependant compte tenu de l'ajout en 1990 d'une s. 9(1A), laquelle introduit une interdiction des « discriminations indirectes » fondées sur la race, la violation de la s. 9(1) est analysée comme une discrimination directe ; voy l'opinion du juge Sackville dans *Dr Siddiqui*, para. 30.

¹¹⁹⁹ *McBain*, voy. note de bas de page xxx. (3 au dessus xxx)

¹²⁰⁰ Au sens anglo-saxon du terme.

¹²⁰¹ En réaction à cet arrêt, le gouvernement australien introduisit, en décembre 2003, un projet de loi visant à modifier le DDA pour y insérer expressément une disposition selon laquelle la dépendance à une drogue ne peut constituer la seule base d'une plainte pour discrimination. Cette nouvelle disposition ne s'appliquerait toutefois pas à l'usage légalement autorisé d'une drogue. Le comité des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat fédéral s'est cependant prononcé, à l'unanimité, contre ce projet notamment en raison de son champ d'application matériel s'étendant au-delà de l'emploi.xxx

¹²⁰² Opinion du juge Wilcox dans *Dopking* (n° 1), FCA, para. 8.

se compare à un homme « identifiable »¹²⁰³. Dans les cas de discrimination indirecte, la plaignante invoque le fait qu'une législation d'apparence neutre affecte de manière sensiblement plus importante les femmes que les hommes ; dans ce cas, le « groupe comparateur » est composé des membres de l'autre sexe de manière générale, mais toujours de manière concrète¹²⁰⁴. Dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, le « comparateur » est généralement hypothétique : le travailleur ressortissant d'un autre Etat membre se plaint d'être discriminé par rapport aux nationaux de l'Etat en cause. Dans le domaine de la libre prestation de services, la Cour de justice a même accepté qu'il peut y avoir violation de l'article 49 CE en présence d'un *plaignant* hypothétique¹²⁰⁵. Dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, le législateur a expressément prévu la possibilité de constater l'existence d'une discrimination par rapport à un « comparateur » hypothétique¹²⁰⁶. Le législateur australien a fait de même dans le SDA et le DDA. La jurisprudence a confirmé cette possibilité¹²⁰⁷. Le recours à un comparateur « hypothétique » n'est pas toujours sans poser un problème pratique. Dans l'affaire *New South Wales v. HREOC*, la FCA compare la manière dont a été traité un étudiant souffrant d'un handicap psychologique, dont il est établi, en l'espèce, qu'il est à l'origine de son comportement agressif ayant motivé son renvoi à celle dont aurait été traité un « étudiant hypothétique ne souffrant pas de ce handicap » ayant commis les mêmes violences. On pourrait s'interroger sur la manière de poser le problème : dès lors qu'il est établi que le comportement agressif reproché est dû au handicap, la comparaison avec un « étudiant hypothétique ne souffrant pas de ce handicap » ne peut permettre une analyse correcte si on n'admet pas que la comparaison doit tenir compte du handicap du premier. La High Court a toutefois validé ce raisonnement (voy. *ci-dessus*).

La comparabilité des situations signifie par ailleurs que les « circonstances » factuelles ou juridiques doivent être « les mêmes » ou « ne pas être sensiblement différentes ». Cela signifie qu'il doit y avoir un degré suffisant de similarité ou des caractéristiques ou facteurs communs suffisants pour permettre une comparaison adéquate¹²⁰⁸. Mais il est évident que le critère prohibé de discrimination (le sexe, la race) ne peut être invoqué en tant que tel comme preuve d'une absence de

¹²⁰³ Voy. par exemple les aff. *Brunnhöfer* ou *Jämställdhetsombudsmannen*.

¹²⁰⁴ Arrêt *Royal Copenhagen*, points 33 et 34.

¹²⁰⁵ Voy. l'arrêt *Bachmann*, dans lequel le plaignant réel était un travailleur ; la Cour de justice examine également si la législation belge en cause contenait une restriction à la libre prestation de services de prestataires hypothétiques.

¹²⁰⁶ Article 2(2), lettre a) de la directive 2000/43 : « une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». Pour une application pratique d'un tel raisonnement, voy. la décision de l'*Equality Officer* irlandais dans l'affaire *Conroy v. Carney* (DEC-2001-002) dans le cadre du *Equal Status Act 2000*, lequel contient une disposition quasi-identique à celle de la directive 2000/43.

¹²⁰⁷ Voy. par exemple *Commonwealth of Australia v. HREOC (Hagar)* (FCA), opinion du juge Sackville.

¹²⁰⁸ C. Ronalds, p. 31.

similarité des situations, sous peine de priver de tout effet utile l'interdiction de discrimination elle-même¹²⁰⁹.

II – Absence de pertinence d'une intention discriminatoire

A l'heure actuelle, la High Court considère que la discrimination est *directe* même si le motif (*ground*) sur lequel repose la distinction de traitement n'est pas expressément la race, le sexe ou le handicap, dès lors que l'un de ces trois critères constitue la « true basis » de cette distinction^{1210 1211}. La High Court considère donc que *l'intention* de la personne ou les *motifs* de la distinction ne sont pas pertinents, de sorte que leur existence, dans le cas d'une discrimination directe, ne doit être ni recherchée ni a fortiori prouvée.

Une fois encore la doctrine de la High Court a été élaborée dans l'arrêt *Waters* dans lequel les juges Gaudron et Mason déclarèrent (para. 21) que « *it would, in our view, significantly impede or hinder the attainment of the objects of the Act if [the definition of direct discrimination] were to be interpreted as requiring an intention or motive on the part of the alleged discriminator that is related to the status or private life of the person less favourably treated* »^{1212 1213}. Pour élaborer ce point de vue, la High Court s'est largement inspirée de la position de la House of Lords britannique dans l'affaire *James v. Eastleigh Borough Council* de 1990 et *Birmingham City Council v. Equal Opportunity Commission* de 1989^{1214 1215}.

¹²⁰⁹ Affaire *Dopking* (n°1), dans laquelle le défendeur invoquait la « différence matérielle » entre personnes mariées et personnes célibataires pour expliquer le refus d'octroyer une allocation à un militaire célibataire en vue de l'achat d'un terrain. Toutefois en l'espèce, la FCA estima finalement que le critère pour obtenir l'allocation en cause n'était pas le « statut marital » de la personne, mais plutôt le fait que celle-ci avait une « famille » entendue comme couvrant également ceux n'ayant pas de lien familial avec la personne en cause.

¹²¹⁰ « *The mere assertion of a ground which is not sex will not take discrimination out of the (direct discrimination) sub-section, if the true basis for the action in question is in fact sex* », opinion du juge Dawson dans *Banovic* (High Court), para. 9.

¹²¹¹ Dans l'arrêt *Schnorbus*, la Cour de justice a adopté un point de vue différent. Dans le même sens, voy. le point 42 des conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Kutz-Bauer*. Pour une critique de ce point de vue, voy *supra*, xxx.

¹²¹² *Contra* : le juge McHugh dans la même affaire. L'arrêt *Waters* fut « confirmé » par la FCA dans l'aff. *Dr Siddiqui*, opinion du juge Sackville.

¹²¹³ La High Court appliqua, à l'unanimité, le même raisonnement dans le cadre du DDA en 2003 dans *Purvis v. New South Wales*.

¹²¹⁴ L'affaire *James* portait sur le point de savoir si constituait une discrimination le fait de faire payer M. James pour entrer dans la piscine municipale, alors que les femmes pouvaient y accéder gratuitement. Cette différence était fondée sur le fait que la gratuité était accordée aux personnes ayant atteint l'âge légal de la retraite, soit soixante-cinq ans pour les hommes et soixante pour les femmes. Par trois voix contre deux, la House of Lords conclut à l'existence d'une discrimination directe. S'agissant de l'absence d'une intention discriminatoire dans le chef du *Council*, Lord Bridge of Harwich écrit : « *The purity of the discriminator's subjective motive, intention or reason for discriminating cannot save the criterion applied from the objective taint of discrimination on the ground of sex* ». Dans l'affaire *Birmingham City Council* était en cause la légalité d'une mesure de ce dernier imposant un standard plus élevé aux filles qu'aux garçons pour entrer dans le système sélectif d'éducation de l'état. Écrivant pour une cour unanime, Lord Goff of Chieveley affirme que « *the intention or motive of the*

III – Une discrimination directe ne peut être justifiée

C'est cet aspect qui distingue fondamentalement en droit australien la « discrimination directe » et la « discrimination indirecte ». Puisque le constat d'une discrimination directe ne requiert pas que soit recherchée ou prouvée l'intention discriminatoire, la question de savoir si la différence de traitement peut être justifiée parce qu'elle est « raisonnable eu égard aux circonstances » ne se pose pas¹²¹⁶. Toutefois, tant le RDA que le SDA permettent, dans certaines circonstances, l'adoption de « mesures spéciales ». La signification et la portée de ces « mesures spéciales » restent cependant aujourd'hui incertaines, au moins s'agissant du SDA.

La s. 8 du RDA prévoit la possibilité de prendre de telles « mesures spéciales » en faveur des groupes ethniques défavorisés. Dans *Gerhardy v. Brown* de 1985, la High Court affirma que cette section permet la prise de mesures spéciales en faveur des Aborigènes. En l'espèce, elle jugea conforme au RDA une mesure édictée par l'état d'Australie du sud subordonnant à autorisation l'accès de personnes n'appartenant pas au peuple des Pitjantjatjara à une partie de son territoire dévolu à ce peuple d'Aborigènes. Dans le cadre du RDA, ces « mesures spéciales » ne semblent néanmoins pas pouvoir être confondues avec des « actions positives ». Elles ont pour objectif principal de préserver l'identité du groupe ethnique défavorisé, en l'occurrence les Aborigènes, en leur permettant de maintenir leur religion, leur langue ou leur culture. Elles n'impliquent donc pas, comme c'est le cas des actions positives, un élément de *comparaison* ou une volonté de remédier à un désavantage passé. En outre, elles ne sont pas, eu égard à leur objectif, conçues comme étant temporaires.

La situation est beaucoup moins claire dans le SDA. En 1995, fut également insérée dans celui-ci (s. 7D), la possibilité d'adoption de telles mesures. Cette disposition remplaça la s. 33 ouvrant la

defendant to discriminate, though it may be relevant so far as remedies are concerned, is not a necessary condition of liability; it is perfectly possible to envisage cases where the defendant had no such motive, and yet did in fact discriminate on the ground of sex ».

¹²¹⁵ La position, similaire, de la FCA s'est inspirée également de l'attitude de la *Court of Appeal* britannique ; voy. notamment *Mardsen*, para. 36, lequel renvoie à l'arrêt de la *Court of Appeal* dans l'arrêt *Clay Cross (Quarry Services) Ltd v. Fletcher* de 1979. Ce dernier arrêt synthétise bien la position adoptée ultérieurement par les juridictions australiennes : « *The motive, reasons or suggested justifications of the detriment are irrelevant, if it can be shown that there is differentiation of treatment, which results in detriment to the person affected* ». Il faut toutefois relever que la position de la FCA est, une fois encore, plus contrastée, dans la mesure où il lui est arrivé, notamment dans un arrêt rendu par trois juges, de considérer que « *the intention of the defendant is not necessarily irrelevant. The purpose and motive of the defendant may also be relevant* », *HREOC v. Mt Isa Mines*, opinion du juge Lockhart, para. 66 ; cette dernière opinion fut également soutenue par le juge Allsop dans *Thomson v. Orica Australia*, para. 161.

¹²¹⁶ Les seules possibilités de justifier une différence de traitement directement fondée sur la race, le sexe, le handicap ou l'âge sont fournies par les différents *Acts* eux-mêmes. Dans le cas de la race, ces dérogations sont extrêmement limitées (emploi sur un bateau ou dans un avion étranger si l'intéressé a été recruté en dehors de l'Australie ; fourniture d'un logement ou d'un emploi dans une habitation privée. Cette dernière exception correspond, dans sa première partie, à celle visée au considérant 4 de la directive 2000/43, mais est plus large que cette dernière, car en droit communautaire, seules les transactions à l'intérieur du cercle familial sont exemptées de l'interdiction de discrimination fondée sur la race).

possibilité de *justifier* une discrimination si la mesure en cause avait pour objet d'assurer l'égalité des chances entre hommes et femmes. Dorénavant, de telles mesures ne sont plus traitées comme une forme de discrimination et doivent, selon les travaux préparatoires ayant conduit à cette modification législative, être comprises comme « une expression d'égalité plutôt que comme une exception à celle-ci ». La signification et la portée de cette disposition fut examinée par la FCA pour la première fois en 2004 dans *Jacomb v. Australian Municipal Administrative Clerical and Services Union* (par un juge unique). Dans cette affaire, le plaignant arguait que les règles du syndicat défendeur imposant des quotas fixes pour l'élection de représentants féminins aux postes dirigeants étaient discriminatoire. Dans son arrêt, la FCA affirme que le terme « mesures spéciales » vise des mesures exceptionnelles, extraordinaires ou inhabituelles (point 42) et ajoute que c'est l'intention et l'objectif poursuivi par la personne les ayant adoptées qui déterminent la caractérisation de telles mesures comme non discriminatoires, et pas leur conséquence inévitable de désavantager un groupe ! (point 47). Pour atteindre cette conclusion, le juge de la FCA fait un rapide survol de la jurisprudence américaine, canadienne, britannique, mais aussi de la Cour de justice. Appliquant ces critères au cas d'espèce, il estime que les arguments avancés par le syndicat défendeur l'ont convaincu que ce dernier espérait réaliser une *égalité substantielle* entre hommes et femmes en imposant des quotas de représentants féminins (point 64), mais précise toutefois que ces quotas ne pourront être valides que tant qu'une égalité substantielle entre hommes et femmes n'aura pu être constatée dans les instances dirigeantes du syndicat (point 65).

L'analyse développée par le juge unique de la FCA se démarque donc assez fort de celle de la High Court dans le cadre du RDA. Il est probable que la jurisprudence ultérieure permettra d'affiner ce raisonnement qui, en faisant reposer la légalité de la *mesure spéciale* essentiellement sur l'intention de la personne qui l'adopte et l'objectif poursuivi par celle-ci, paraît empreint d'une très grande subjectivité.

Dans le cadre DDA, même si une discrimination directe n'est pas non plus justifiable, on pourrait néanmoins mentionner l'hypothèse de la discrimination qui n'est pas jugée illégale lorsque l'employeur peut établir que la victime du handicap n'est plus, en raison de ce handicap, en mesure de satisfaire aux « exigences essentielles » de son emploi spécifique (art. 15(4) du DDA)¹²¹⁷. Il découle de la jurisprudence de la High Court qu'une « exigence essentielle » vise une condition essentielle au poste en cause¹²¹⁸. La High Court jugea en 1999 dans *X. v. The Commonwealth* qu'il n'appartient pas à

¹²¹⁷ Sur cette question, voy. par exemple *Cosma v. Qantas Airways Ltd* de la FCA. *Comp. US Airways v. Barnett* de la Cour suprême US (voy. *supra* xx).

¹²¹⁸ *Qantas Airways Ltd v. Christie*, opinion du Chief Justice Brennan, para. 34. Dans cet arrêt, la High Court jugea que la limite d'âge de 60 ans imposée par de nombreux autres pays aux pilotes dans leur espace aérien signifiait que si le plaignant devait encore être employé par la compagnie australienne Qantas, il ne pourrait plus voler que sur un nombre restreint de vols, ce qui aurait pour effet de perturber sérieusement le tableau

l'employeur lui-même de définir ce qui constitue une telle « exigence essentielle »¹²¹⁹. Dans cette affaire, le plaignant avait été licencié de l'armée parce qu'il avait contracté le SIDA et en raison de la menace que son handicap pouvait faire porter sur la vie de ses collègues. La High Court juge que pour que la clause de « l'exigence essentielle » puisse être invoquée avec succès par un employeur, il est indispensable qu'un lien clair et précis soit établi entre le handicap en question et la façon dont sa nature même empêche l'intéressé d'être capable d'exercer les caractéristiques essentielles et intrinsèques de l'emploi en cause¹²²⁰.

Section 2 – La discrimination indirecte : une approche fort subjective

L'insertion de l'interdiction des discriminations indirectes dans le droit australien découle, une fois encore, de l'influence d'autres ordres juridiques et en particulier du droit américain¹²²¹ et du droit britannique¹²²². Si pareille interdiction a d'emblée figuré dans le SDA adopté en 1984, ce n'est qu'en 1990 qu'une section 9 (1A) a été introduite dans le RDA afin d'interdire explicitement les discriminations indirectement fondées sur la race ou l'origine ethnique : « *The provision is being inserted to ensure that the Racial Discrimination Act extends to indirect discrimination as distinct from direct discrimination. Indirect discrimination is often hard to define and describe. The sort of thing it would include would be a case where an employer decided that he would only employ applicants over a certain height. The application of the requirement would have the effect of disadvantage to women and persons of short races as there would be more men than women who complied with this requirement. Indirect discrimination requires that a higher proportion of persons of a different status than the aggrieved person must be able to comply with the requirement or condition than persons of the same status or group as the aggrieved person. The operation of the subsection will involve an examination of whether the imposed term, condition or requirement impacts disproportionately on persons of the same race etc. This means that although it will not be necessary to establish that every person in that group needs to be affected to show a disproportionate impact,*

d'affectation des pilotes de la compagnie. La High Court considéra dès lors qu'il n'était plus en mesure de remplir une exigence essentielle de son emploi, soit la capacité à voler vers un grand nombre de destinations internationales. Cet arrêt concerne une différence fondée sur l'âge, mais le raisonnement est transposable au cas d'une différence fondée sur le handicap. *Comp.* l'arrêt *Kern v. Dynallectron Corp.* (1984) du 5^e Circuit Court of Appeal aux Etats-Unis ayant de même considéré qu'une compagnie aérienne peut considérer la religion musulmane comme une exigence essentielle pour les vols vers La Mecque, les autorités saoudiennes n'autorisant l'accès à la ville sainte qu'aux Musulmans.

¹²¹⁹ Opinion des juges Gummow et Haynes, para. 162.

¹²²⁰ Voy. également *Daghlian v. Australian Postal Corporation* de la FCA (para. 118), dans lequel cette dernière jugea que le handicap (problèmes lombaires et d'arthrite) de la requérante, licenciée, ne l'empêchait pas de satisfaire aux exigences essentielles de son emploi (consistant, la plupart du temps, à servir des clients à un comptoir).

¹²²¹ *Dr Siddiqui*, opinion du juge Heerey, para. 26.

¹²²² *Waters*, opinion du Chief Justice Mason, para. 17.

*guidance in interpretation will still have to be found from existing decisions on similar provisions in Acts such as the Sex Discrimination Act »*¹²²³.

A la différence du droit communautaire, la définition de la discrimination indirecte donnée par le législateur australien n'est pas la même dans tous les *Acts* (§ 1). En revanche, comme en droit communautaire, l'identification du groupe auquel doit se comparer la victime d'une discrimination, particulièrement lorsqu'elle est fondée sur le sexe, peut poser problème (§ 2). Et de la même manière qu'en droit communautaire, l'appréciation des motifs pouvant justifier une discrimination, qu'elle soit fondée sur le sexe ou le handicap, paraît empreinte d'une grande subjectivité (§ 3).

§ 1 – Définitions différentes selon le motif prohibé

La définition de la « discrimination indirecte » est assez similaire dans le RDA et le DDA. Celles présentes dans le SDA et l'ADACT sont en revanche quelque peu différentes.

La s. 9 (1A) du RDA définit la « discrimination indirecte » comme suit :

« Where: (a) a person requires another person to comply with a term, condition or requirement which is not reasonable having regard to the circumstances of the case; and (b) the other person does not or cannot comply with the term, condition or requirement; and (c) the requirement to comply has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, by persons of the same race, colour, descent or national or ethnic origin as the other person, of any human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other field of public life; the act of requiring such compliance is to be treated, for the purposes of this Part, as an act involving a distinction based on, or an act done by reason of, the other person's race, colour, descent or national or ethnic origin ».

Cette définition est formulée de manière assez différente dans la directive 2000/43/CE¹²²⁴, mais l'objectif poursuivi est sensiblement le même : il s'agit d'interdire les mesures ou actes formellement neutres, mais dont l'application concrète est susceptible d'affecter négativement de manière

¹²²³ Déclaration d'un membre du gouvernement lors de l'adoption de la s. 9(1A) par le Parlement en 1990, citée par le juge Heerey dans *Dr Siddiqui*, para. 23. S. Pritchard (p. 368) avance, sur base de rapports du HREOC, qu'il n'y a eu que très peu de cas de plaintes pour discrimination indirecte fondée sur la race depuis cette modification législative.

¹²²⁴ Article 2 (2), lettre b) : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

considérablement plus importante les personnes appartenant à une race ou une origine ethnique donnée¹²²⁵.

Le DDA (s. 6) donne de la « discrimination indirecte » la définition suivante :

« For the purposes of this Act, a person (discriminator) discriminates against another person (aggrieved person) on the ground of a disability of the aggrieved person if the discriminator requires the aggrieved person to comply with a requirement or condition: (a) with which a substantially higher proportion of persons without the disability comply or are able to comply; and (b) which is not reasonable having regard to the circumstances of the case; and (c) with which the aggrieved person does not or is not able to comply. »

La formulation de cette définition est également assez différente de celle figurant dans la directive 2000/78/CE¹²²⁶ - notamment en ce qu'elle semble imposer le rapport d'une preuve statistique, volontairement écartée dans le droit communautaire - , mais une fois encore le but poursuivi reste le même¹²²⁷. Comme en droit communautaire, l'examen de « l'undue hardship » semble devoir intervenir avant le constat d'une discrimination, mais en ce qui concerne l'accès à des bâtiments cet examen a parfois été examiné après celui-ci¹²²⁸. Et comme en droit communautaire, c'est au défendeur qu'incombe le rapport de la preuve de l'existence d'une « undue hardship »¹²²⁹.

¹²²⁵ « The legislative history of s. 9 (1A) shows that it was designed to deal not with direct discrimination but with the imposition of terms, conditions or requirements which impacted in a disproportionately adverse way on members of the complainant's protected group as defined by race, colour, etc », opinion du juge Heerey, para. 63, dans *Dr Siddiqui*. Il y a encore lieu de relever que certains juges de la FCA ont mis en doute le fait que avant la modification du RDA en 1990 la s. 9 (1) ne pouvait pas déjà couvrir les discriminations indirectes, voy. *Dr Siddiqui*, opinion du juge Sackville, para. 29.

¹²²⁶ Article 2 (2), lettre b) : « Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que : i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique ».

¹²²⁷ Pour un cas illustrant bien le raisonnement suivi par la FCA dans l'interprétation de cette disposition, voy. *Sluggett v. HREOC*, dans lequel la plaignante, étudiante, estimait être la victime d'une discrimination opérée par l'université dans laquelle elle suivait des cours en ce qui concerne les conditions d'accès aux salles de cours. Voy. également *Clarke v. Catholic Education Office*.

¹²²⁸ Comp. s. 22 et 23 du DDA. Ainsi, dans *Sluggett v. HREOC*, para. 23, dans lequel était en cause l'accès à des locaux d'une université, l'examen de la clause du « unjustifiable hardship » intervient après la constatation de l'existence d'une discrimination indirecte, comme motif d'exonération de celle-ci. En revanche, dans *Clarke v. Catholic Education Office*, points 41 et 50, dans lequel étaient en jeu les modalités d'accès aux cours proprement dit, cette question intervient avant.

¹²²⁹ *Cooper* (FCA), opinion du juge Madgwick, para. 32.

Le SDA définit la « discrimination indirecte » de la manière suivante :

S. 5(2) : *« For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the sex of the aggrieved person if the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons of the same sex as the aggrieved person. »*

(3) *This section has effect subject to sections 7B and 7D*¹²³⁰.

S. 7 (B) : (1) *A person does not discriminate against another person by imposing, or proposing to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the disadvantaging effect mentioned in subsection 5(2), 6(2)*¹²³¹ *or 7(2)*¹²³² *if the condition, requirement or practice is reasonable in the circumstances.*

(2) *The matters to be taken into account in deciding whether a condition, requirement or practice is reasonable in the circumstances include: (a) the nature and extent of the disadvantage resulting from the imposition, or proposed imposition, of the condition, requirement or practice; and (b) the feasibility of overcoming or mitigating the disadvantage; and (c) whether the disadvantage is proportionate to the result sought by the person who imposes, or proposes to impose, the condition, requirement or practice.*

Cette définition est plus détaillée que celle figurant dans la directive 76/207, telle qu'amendée en 2002, mais l'effet recherché reste le même. Il convient néanmoins de souligner une différence importante. En droit communautaire, une différence de traitement ayant un impact disproportionné sur les membres d'un sexe pourra être justifiée par « des objectifs de politique sociale » d'un Etat membre ou par des « besoins impérieux » d'une entreprise. En droit australien, pareille différence de traitement ne sera pas discriminatoire si elle est « raisonnable »¹²³³ (voy. *ci-dessous*).

¹²³⁰ La s. 7(D) concerne la possibilité d'adopter des mesures d'action positive ; voy. également *ci-dessus*.

¹²³¹ Disposition relative à la discrimination indirecte fondée sur le « statut marital ».

¹²³² Disposition relative à la discrimination indirecte fondée sur la « grossesse » ou la « grossesse potentielle ». Ici se constate donc une autre différence par rapport au droit communautaire, dans lequel une discrimination fondée sur la grossesse est toujours considérée par la Cour comme une discrimination *directe*.

¹²³³ Toutefois, en pratique, le test peut se révéler très similaire. Ainsi, dans *Banovic*, l'employeur tenta d'expliquer que la différence de traitement fondée sur le sexe qu'il avait opérée (licenciement selon le principe « last on, first off ») était « raisonnable », car elle se justifiait par son intérêt légitime à « l'exécution d'un travail efficace et irréprochable » et au « maintien d'une force de travail stable ».

Par ailleurs, il y a lieu de noter que la définition donnée par le SDA résulte d'une modification de ce dernier intervenue en 1995 afin de surmonter certaines des difficultés rencontrées par la High Court et la FCA dans l'interprétation des dispositions existant dans la version originale du SDA de 1984¹²³⁴. L'amélioration majeure apportée à la définition originale consista à définir le « reasonableness test » et à transférer la charge de la preuve sur la partie défenderesse, de sorte que lorsqu'une discrimination indirecte est établie, il appartient à cette dernière de prouver qu'elle est raisonnable¹²³⁵. Pour des « raisons inexplicables »¹²³⁶, une modification similaire n'a jamais eu lieu pour le DDA¹²³⁷ ou le RDA¹²³⁸.

Dans l'ADACT (s. 15), adopté en 2004, le législateur australien a défini la discrimination indirecte fondée sur l'âge de la manière suivante :

(1) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates another person (the aggrieved person) on the ground of the age of the aggrieved person if: (a) the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice; and (b) the condition, requirement or practice is not reasonable in the circumstances; and (c) the condition, requirement or practice has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons of the same age as the aggrieved person.

¹²³⁴ C. Ronalds, p. 37 : les dispositions originales du SDA avaient été critiquées parce qu'elles étaient compliquées et difficiles à mettre en œuvre.

¹²³⁵ S. 7(C) : la charge de prouver qu'une action ne constitue pas une discrimination indirecte au sens de la s. 7(B) incombe à la personne qui a commis cet acte ; voy. C. Ronalds, *loc.cit.*

¹²³⁶ C. Ronalds, *loc.cit.*

¹²³⁷ En l'état actuel du DDA, la charge de la preuve du caractère non raisonnable de l'exigence ou de la condition posée incombe donc au plaignant. Dans son rapport de 2004 sur l'application du DDA, la commission indépendante chargée de sa rédaction estime nécessaire une modification du DDA sur ce point, voy. p. 318 (rapport disponible à l'adresse suivante : <http://www.pc.gov.au/inquiry/dda/finalreport/dda1.pdf>).

¹²³⁸ Pour le RDA, la charge de la preuve incombe donc essentiellement au plaignant et le *standard de preuve* « is the higher standard referred to in *Briginshaw v. Briginshaw* (1938) 60 CLR 336 », *Sharma v. Legal Aid Queensland*, [2001] FCA 1699, para. 62. Cela signifie notamment que si des éléments de preuve statistiques peuvent être indicatifs de la probabilité d'une discrimination fondée sur la race - par exemple en matière de promotion - de tels éléments ne sont pas déterminants s'ils ne sont pas corroborés par d'autres éléments factuels propres au cas d'espèce, *Sharma*, para. 60 - cas d'un ressortissant indien ayant le statut de résident de longue durée en Australie qui estimait avoir été victime d'une discrimination fondée sur la race et son appartenance au groupe des « non-English native speakers » dans la nomination de deux personnes comme *Solicitor-in-charge* et de *Senior Solicitor* au sein du Legal Aid Queensland. J. Hunyor, « Skin-Deep : Proof and Inferences of Racial Discrimination in Employment », 25 *Sydney Law Review*, (2003), p. 535, argue toutefois que toutes les plaintes fondées sur l'allégation d'une discrimination raciale n'incluent pas des éléments d'une importance et d'une gravité telles que le recours à ce « higher standard of proof » serait toujours justifié.

Dans *Briginshaw*, la High Court jugea que dans un procès civil comportant des allégations d'un comportement criminel ou frauduleux pouvant avoir des conséquences importantes pour le défendeur, le juge doit mener un examen serré des preuves présentées. Par la suite, ce standard de preuve a été appliqué par tous les tribunaux ayant à interpréter les législations anti-discriminations, sans qu'ils justifient toujours le bien-fondé de cette application ; pour une critique de cette jurisprudence, voy. L. de Plevitz, « The *Briginshaw* « Standard of Proof » in Anti-Discrimination Law : « Pointing with a Wavering Finger » », 27 *Melbourne University Law Review*, (2003), p. 308.

(2) For the purposes of paragraph (1)(b), the burden of proving that the condition, requirement or practice is reasonable in the circumstances lies on the discriminator.

Cette définition est assez différente de celle donnée de la discrimination indirecte par le DDA. L'ADACT, à l'instar de la directive 2000/78, n'impose en effet pas le rapport d'une preuve statistique, mais requiert seulement que la condition ou l'exigence ait pour effet, ou effet probable, de désavantager les personnes ayant l'âge du plaignant. En outre, la charge de prouver le caractère non discriminatoire de cette condition ou exigence repose sur la personne opérant la différence de traitement, comme dans le SDA, mais à l'inverse du DDA et du RDA.

Par ailleurs, l'ADACT prévoit (s. 16) que *"if an act is done for 2 or more reasons, then, for the purposes of this Act, the act is taken to be done for the reason of the age of a person only if: (a) one of the reasons is the age of the person; and (b) that reason is the dominant reason for doing the act »*.

§ 2 – Identification du bon groupe comparateur

La remarque de Banton, « the selection of an appropriate comparator becomes crucial », reste valable quelque soit l'ordre juridique dans lequel le principe de non-discrimination opère. Le système australien ne déroge pas à cette règle.

L'affaire *Banovic* illustre bien la difficulté que cet exercice peut parfois représenter. Les plaignantes arguaient que la décision de leur employeur (*Australian Iron and Steel Pty Ltd*) de licencier une partie de son personnel selon le principe « last on, first off » - « dernier arrivé, premier licencié » - constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Le critère précisément utilisé par l'employeur consistait à exiger une ancienneté de près de deux ans. Parmi l'ensemble du personnel, cette condition d'ancienneté était remplie par 7177 hommes et par 478 femmes, soit approximativement 94% des travailleurs de chaque sexe. La situation était encore compliquée par le fait que les femmes avaient été discriminées (discrimination non contestée) dans l'accès à l'emploi, la période d'attente avant d'être engagé étant plus longue pour les femmes que pour les hommes.

L'arrêt de la High Court rejetant l'appel de l'employeur fut rendu par trois voix contre deux, les juges adoptant des positions très divergentes quant à la manière de répondre aux deux questions, intimement liées, qui se posaient : dans quelle mesure convient-il de prendre en compte la discrimination dans l'accès à l'emploi aux fins de la constitution des groupes de travailleurs à comparer en cas de licenciement ? Et comment composer les groupes à comparer ? Comme le déclara

un des juges de la majorité, « *there (was) more than one possible method of making the comparison* »¹²³⁹.

S'agissant de la première question, les juges de la majorité estimèrent que pour éviter que la composition des groupes à comparer ne soit influencée négativement par la discrimination dans l'accès à l'emploi, il convenait de prendre en considération la date à laquelle les travailleurs avaient *postulé* à un emploi (et non la date à laquelle ils avaient été recrutés)¹²⁴⁰. S'agissant de la seconde question, la majorité constata que, dès lors que l'on sélectionnait deux groupes en écartant l'influence de la discrimination passée en matière d'accès à l'emploi, la condition posée par l'employeur affectait indiscutablement une proportion beaucoup plus grande de femmes que d'hommes. La majorité atteignit cette conclusion après avoir établi que « *what is to be compared for the purpose of establishing that a requirement is discriminatory are not the raw figures of those of each sex who comply but the proportion of men who comply and the proportion of women who comply* »^{1241 1242}.

L'arrêt *Commonwealth Bank of Australia v. HREOC* de la FCA illustre bien quant à lui l'attitude de la FCA sur cette question. Les plaignantes alléguèrent que leur employeur (*Commonwealth Bank of Australia*) avaient créé une discrimination à leur encontre en ne leur permettant pas d'exprimer leur intérêt dans le cadre d'une mesure générale de « démission volontaire », parce qu'elles étaient en congé prolongé, au moment où cet intérêt devait être exprimé, pour des raisons liées à leur maternité ou l'éducation de leur enfant. De même, elles alléguèrent qu'elles étaient victimes d'une autre discrimination indirecte dans la mesure où leur candidature à des postes vacants au sein de l'entreprise durant cette période de congé prolongé était soumise à des conditions désavantageuses¹²⁴³.

S'appuyant sur l'arrêt *Banovic* de la High Court, la FCA¹²⁴⁴ donna une liste de quatre principes devant être appliqués pour choisir les groupes de la comparaison :

¹²³⁹ Opinion du juge Dawson, para. 12.

¹²⁴⁰ *Contra* : opinion dissidente du juge Brennan, para. 10.

¹²⁴¹ Opinion du juge Dawson, para. 15 et opinion commune des juges Deane et Gaudron, para. 16-18, lesquels rappellent que la vérification de l'affectation d'une « proportion » plus importante des personnes d'un sexe ne peut se limiter à une simple comparaison numérique, mais doit intervenir *après* une sélection correcte des groupes à comparer. Dans le même sens, en ce qui concerne une allégation de discrimination indirecte fondée sur la race, voy l'opinion du juge Heerey dans *Dr Siddiqui*, para. 65 : « *the comparison is not strictly speaking between two groups in the sense of separate independent entities but rather between a sub-group (the complainant's group) within a larger group (all who face the same term, condition or requirement)* ».

¹²⁴² L'arrêt *Banovic* et les divergences radicales d'opinion entre les juges quant à la méthode à utiliser pour composer les groupes à comparer incitèrent le législateur australien à amender la définition de « discrimination indirecte » en 1995.

¹²⁴³ En droit communautaire, une discrimination fondée sur la grossesse aurait été appréciée exclusivement sous l'angle d'une éventuelle discrimination *directe*.

¹²⁴⁴ Opinion du juge Sackville, approuvée par les juges Davies et Beaumont.

- *the base groups appropriate to particular cases will vary, according to the context;*
- *the selection of the base group should be calculated to reveal the significance, if any, of sex to compliance;*
- *the decision to select a particular base group involves a mixed question of fact and law; and*
- *the Court on an application for review does not make its own assessment of the base groups, but considers whether the group chosen is too broad or too narrow, by a process akin to determining whether relevant considerations were taken into account or relevant considerations were not taken into account.*

Sur cette base, la FCA constata que le raisonnement du HREOC ayant statué en première instance était « cryptique » et qu'en outre le HREOC n'avait pas pris la peine d'établir que le critère jugé discriminatoire affectait bien une « proportion sensiblement plus importante » de femmes que d'hommes. Cet arrêt illustre à cet égard les relations parfois tendues entre la FCA et le HREOC en ce qui concerne les conditions d'établissement d'une discrimination indirecte^{1245 1246}.

§ 3 – La discrimination raisonnable

La détermination du caractère raisonnable de la différence de traitement est probablement la question la plus débattue par les juridictions australiennes dans l'application du SDA et du DDA, celle qui est le plus sujette à contestation en dépit de l'amendement du SDA intervenu sur ce point en 1995. La formulation, extrêmement souple, de la s. 7 (B) permet les appréciations les plus subjectives, et donc forcément les plus divergentes¹²⁴⁷. Or, dans la mesure où c'est essentiellement la réponse qui sera donnée à la question de savoir si une différence de traitement est « raisonnable » qui permettra de conclure ou non à l'existence d'une discrimination indirecte, c'est l'ensemble du raisonnement permettant de mener à cette conclusion qui est fragilisé.

¹²⁴⁵ Sur cette question, voy. C. Ronalds, p.37 et la jurisprudence citée.

¹²⁴⁶ A l'encontre de l'arrêt de la FCA, on pourrait toutefois objecter qu'il casse la décision de la HREOC pour erreur de droit en ce qui concerne le caractère « raisonnable » de la différence de traitement *avant* même d'examiner si le HREOC avait procédé à une identification correcte des groupes à comparer !

¹²⁴⁷ Cela semble admis par la jurisprudence australienne elle-même. Ainsi, dans *Edgley*, la FCA, s'appuyant sur une opinion du juge Deane de la High Court dans *Waters*, affirma (para. 89) que « a determination of « reasonableness » involves an element of wide discretionary judgment ».

Une fois encore l'arrêt *Commonwealth Bank of Australia* de 1997 résume bien la jurisprudence australienne¹²⁴⁸.

Selon la FCA, cinq principes doivent guider l'appréciation du caractère raisonnable ou non d'une mesure :

- « *the test of reasonableness is less demanding than one of necessity, but more demanding than a test of convenience....The criterion is an objective one, which requires the court to weigh the nature and extent of the discriminatory effect, on the one hand, against the reasons advanced in favour of the requirement or condition on the other. All the circumstances of the case must be taken into account* »¹²⁴⁹ ;
- « *Secondly, the non-reasonableness of the requirement or condition is itself part of the definition of discrimination in s 5(2). Thus s 5(2)(b) is to be applied according to its terms and is not to be influenced by any concept of discrimination existing outside the statutory definition* »¹²⁵⁰ ;
- « *Thirdly, it would be erroneous for the Commission to assume that any difference of treatment between the complainants and (in this case) other employees of the Bank is prima facie discriminatory and therefore unreasonable. The complainants bear the onus of establishing that the condition or requirement is not reasonable in the circumstances of the case* »¹²⁵¹ ;
- « *Fourthly, reasonableness (or non-reasonableness), for the purposes of s 5(2)(b) of the SD Act, is a question of fact for the Commission to determine, but it can only do so by weighing all relevant factors. What is relevant differs from case to case, but will, usually at least, include the financial or economic circumstances of the alleged discriminator, including its ability to accommodate the needs of the aggrieved persons. It may also be relevant to consider the availability of alternative approaches*

¹²⁴⁸ De la FCA, mais également de la High Court, à laquelle cet arrêt se réfère abondamment.

¹²⁴⁹ Ces cinq principes sont rappelés par le juge Sackville. Ce premier rappel s'appuie sur les arrêts *Waters* et *Banovic* de la High Court et sur les arrêts *Styles*, *Dopking* (n°2) et *Dr Siddiqui* de la FCA. Pour une application pratique, voy. les arrêts *Clarke v. Catholic Education Office* et *QBE Travel Insurance v. Bassanelli*, concernant le DDA. Dans ce dernier arrêt, la FCA avait à interpréter le caractère « raisonnable » d'une différence de traitement directement fondée sur le handicap, mais expressément admise par le DDA lui-même en ce qui concerne la fourniture d'une assurance. La FCA juge (para. 79) que le terme « raisonnable » doit recevoir une interprétation propre au contexte spécifique de dérogation dans lequel il est inséré, mais estime qu'il n'est pas justifié, même dans ce contexte, de lui donner une autre signification que celle rappelée par le juge Sackville à propos de la justification possible d'une discrimination indirecte.

¹²⁵⁰ Le juge Sackville renvoie à cet égard aux arrêts *Waters* et *Dopking* (n°2).

¹²⁵¹ Le juge Sackville renvoie à cet égard aux arrêts *Dopking* (n°2) et *Dr Siddiqui*. On peut toutefois s'interroger sur la légitimité de pareil principe après la modification du SDA en 1995, laquelle, selon C. Ronalds (p. 37) avait pour objectif de transférer la charge de la preuve sur le défendeur. Dans le même sens, voy. *Edgley* (FCA), para. 82.

which would achieve the objectives of the alleged discriminator, but "in a less discriminatory way" »¹²⁵² ;

- « *Fifthly, the role of the Commission is not to determine whether the decision to impose the condition or requirement was the "correct" one : "reasonable" in this context speaks of a term, condition or requirement that is dictated by reason and rationality - not necessarily in which all people or even most people agree* »¹²⁵³.

La conclusion que l'on semble pouvoir tirer de cette jurisprudence est l'extrême subjectivité du raisonnement. Plus encore qu'en droit communautaire, il semble donc important pour la personne qui s'estime victime d'une discrimination d'alléguer le caractère direct de celle-ci, afin d'empêcher que ne puisse être examiné le « caractère raisonnable » de la différence de traitement.

CONCLUSIONS

Tant la législation que la jurisprudence australiennes présentent plusieurs points communs avec le droit communautaire actuel. Absence d'un principe général d'égalité et interdiction de motifs spécifiques de différenciation ; claire distinction entre discriminations directes et indirectes ; non-pertinence de l'intention discriminatoire ; approche assez subjective quant aux causes de justification des discriminations indirectes.

L'approche des cours fédérales australiennes se distingue toutefois de manière notable de celle de la Cour de justice en ce qu'elles se tournent régulièrement vers les autres cours suprêmes pour y trouver une source d'inspiration ou une confirmation de leur propre analyse. Certes, les cours australiennes ont motivé cette approche comparatiste par l'origine des différents *Acts*, lesquels ont été adoptés pour mettre en œuvre des traités ou conventions internationaux. Mais le réflexe comparatiste des cours australiennes est plus profond, puisqu'elles mentionnent aussi la jurisprudence de la Cour européenne et même de temps en temps celle de la Cour de justice.

¹²⁵² Le juge Sackville renvoie à cet égard à *Waters*. Mais ici encore on peut légitimement s'interroger sur la validité de ce principe à l'heure actuelle compte tenu des précisions apportées sur ce point dans le SDA en 1995. Le SDA impose aujourd'hui aux juridictions d'examiner la proportionnalité de la mesure incriminée. Par ailleurs, on peut constater que la FCA semble admettre, contrairement à la Cour de justice jusqu'à présent (voy. l'arrêt *Roks*), que la situation économique et financière de la partie défenderesse peuvent établir, le cas échéant, le caractère « raisonnable » de la mesure. Cette attitude illustre le caractère très subjectif de l'appréciation du « reasonableness test ».

¹²⁵³ Le juge Sackville renvoie à cet égard à *Dopking* (n°2). Une fois encore, cette position semble laisser une marge d'appréciation discrétionnaire très importante au défendeur pour juger du caractère raisonnable de la

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

La jurisprudence de la Cour européenne, de la Cour suprême US, de la Cour suprême du Canada et des cours fédérales australiennes présente à la fois des points communs avec la jurisprudence de la Cour de justice et des traits qui l'en distinguent peu ou prou.

Ces points communs ne le sont toutefois jamais pour l'ensemble des cours suprêmes, qu'il s'agisse de l'existence d'un véritable principe d'égalité devant la loi, d'une interprétation similaire des différents motifs prohibés de discrimination ou de l'approche retenue quant à la place et la portée des discriminations directe et indirecte, ainsi qu'à la possibilité de justifier celles-ci. En outre, même si toutes font parfois, voire souvent, preuve d'une très grande subjectivité, la raison même de celle-ci n'est pas identique.

Ce constat, moins évident qu'il pourrait le paraître à première vue, n'amoindrit en rien l'utilité de l'exercice comparatiste.

Il est d'ores et déjà intéressant de relever que dans aucune de ces jurisprudences les notions de discriminations directe et indirecte n'ont connu les mêmes soubresauts cahotiques que dans la jurisprudence de la Cour de justice. S'il est évident, et inévitable, que durant les vingt ou trente dernières années, ces jurisprudences ont connu des évolutions, ces dernières ne se sont jamais traduites par un renversement complet, et non motivé, de l'interprétation du concept de discrimination indirecte, par exemple.

Les lignes directrices de la jurisprudence de la Cour européenne sur le concept de discrimination ont été fixées en 1968 et sont restées globalement les mêmes depuis lors. La hiérarchisation des critères de classification dans le cadre de la protection constitutionnelle existe depuis plusieurs décennies aux Etats-Unis et le *test* applicable aujourd'hui aux discriminations indirectes dans le contexte de la protection fédérale contre les discriminations indirectes fut affirmé dans un arrêt de 1971. Si l'arrêt *Andrews* de 1989 marque une rupture radicale par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada, celle-ci résulte pour l'essentiel de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme constitutionnelle. En Australie, les règles essentielles de l'interprétation des concepts de discrimination directe et indirecte ont été fixées par la High Court entre 1989 et 1991 et sont restés inchangés depuis.

Il n'en demeure toutefois pas moins que les principes cardinaux de ces différentes jurisprudences ne sont pas toujours réconciliables entre eux. Ainsi, si la Cour européenne et la Cour suprême du

mesure prise à l'encontre du requérant. Cette attitude peut être rapprochée du test de rationalité utilisé par la

Canada ne tire aucune conséquence du caractère direct ou indirect d'une discrimination quant à la possibilité de la justifier, tant la Cour suprême US que les cours australiennes y attachent au contraire une importance déterminante. En revanche, alors que l'existence d'une intention discriminatoire n'est nullement requise en présence d'une discrimination directe en droit australien, celle-ci doit en revanche être prouvée pour obtenir la protection de la législation fédérale américaine.

III^e Partie

Evaluation critique de l'approche comparatiste

Les notions d'égalité et de non-discrimination sont centrales dans tous les ordres juridiques étudiés. Elles le sont également dans la jurisprudence des différentes cours suprêmes. Néanmoins, leur portée, leur contenu, la relation existant entre ces deux concepts varient d'une cour à l'autre. Ces derniers ont également évolué au fil du temps dans la jurisprudence de chacune de ces cours.

Un examen comparatiste est indéniablement riche d'enseignements. Une identification de ceux-ci (chapitre 1) permet de dégager des pistes de réflexion qui pourraient inspirer la Cour de justice dans l'élaboration, nécessaire, d'une nouvelle approche des concepts d'égalité et de discrimination (chapitre 2).

Chapitre I – Enseignements essentiels

Avant de vouloir tirer les leçons d'un examen comparatif, il faut d'abord en établir le bien-fondé, préciser ses mérites et en définir les limites (section 1). La première conclusion qui s'impose à l'issue d'un tel examen est le constat que toutes les cours suprêmes sont soumises, mais pas toujours pour les mêmes raisons, à la tentation de statuer en équité, de tendre vers la solution que, subjectivement, elles jugent juste, au point, parfois, d'obscurcir la distinction entre égalité et équité (section 2). Il convient de garder cette conclusion à l'esprit lorsque l'on compare leur approche respective sur les différentes étapes du raisonnement à mener pour établir l'existence d'une discrimination (section 3). A l'issue de l'analyse de la structure de leur raisonnement, il peut être utile de résumer, de manière synthétique, la place et la portée réservée, au sein de chaque ordre juridique, par ces cours suprêmes au principe d'égalité et aux différents motifs interdits de discrimination (section 4).

Section 1 – Mérites et limites

La première conclusion que l'on peut indéniablement tirer d'un examen comparatiste est la relativité des solutions adoptées par chacune de ces cours suprêmes. Sur base des mêmes faits, ces cours parviennent parfois à des solutions différentes, fondées elles-mêmes sur des raisonnements juridiques difficilement compatibles les uns avec les autres, en prétendant pourtant appliquer le même principe. Certes le contexte sociétal est différent. L'étude comparatiste oblige néanmoins à regarder avec plus de circonspection certaines affirmations péremptoires de la Cour de justice, et par conséquent des autres cours suprêmes également.

Une approche comparatiste est-elle réellement justifiée, simplement superflue ou, pire, inappropriée (§ 1) ? Une telle approche est certainement nécessaire s'agissant des principes d'égalité et de non-discrimination, mais elle doit toutefois être modulée en fonction de divers critères pour éviter les nombreux pièges que son utilisation pourrait présenter (§ 2).

§ 1 – L'approche comparatiste, une approche justifiée ?

Une étude critique de la jurisprudence de la Cour de justice sur les concepts d'égalité et de non-discrimination peut très bien se limiter à une analyse fouillée de cette seule jurisprudence¹²⁵⁴. Dès lors que toute étude critique paraît nécessairement devoir se conclure par le constat objectif d'une imprévisibilité, de plus en plus grande, et d'une incohérence, toujours plus frustrante, de cette jurisprudence, il paraît néanmoins justifié de vérifier l'évolution de la jurisprudence des autres cours

¹²⁵⁴ En langue française, les thèses de doctorat récentes de S. Robin-Olivier et R. Hernu sont incontournables.

suprêmes et voir si certaines solutions dégagées par celles-ci pourraient servir de remèdes aux maux dont est affectée la jurisprudence de la Cour de justice.

I – Le constat actuel

Jusqu'il y a peu, une telle démarche comparatiste aurait pu être considérée comme porteuse d'un intérêt pratique limité.

Dès lors que le droit communautaire ne condamnait, essentiellement¹²⁵⁵, que les seules discriminations fondées sur la *nationalité* et le *sexe*, les enseignements, pourtant déjà considérables, que pouvait procurer une telle démarche sur le plan théorique – étapes du raisonnement, effets de la distinction éventuelle entre discriminations directe et indirecte – n'auraient eu que peu d'incidences pratiques s'agissant du critère de *nationalité*.

Jusqu'à l'avènement de la jurisprudence sur la citoyenneté européenne (arrêts *Martinez Sala* et *Grzelczyk*)¹²⁵⁶, la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit à la circulation intracommunautaire, des biens, des personnes et des services, intervenait dans un contexte, et visait un objectif - la réalisation d'un marché intérieur - propres au seul droit communautaire. Dans le cadre de la CEDH, la Cour européenne a rappelé à de multiples reprises que celle-ci ne garantit nullement un droit d'entrée ou de sortie du territoire des Etats contractants (arrêt *Abdulaziz*). En revanche, aux Etats-Unis, le droit pour les citoyens de circuler et de voyager dans les différents états de l'Union est garanti constitutionnellement. Si la source précise d'un tel droit est restée incertaine jusqu'en 1999 (arrêt *Saenz*), seul le droit pour les nouveaux arrivants à certaines prestations sociales donna lieu à quelques arrêts constitutionnellement intéressants de la Cour suprême US. Au Canada et en Australie, autres Etats fédéraux, ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour suprême (arrêt *Haig* – droit de vote) ou la

¹²⁵⁵ C'est-à-dire dans les domaines des libertés fondamentales et de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins. L'intérêt théorique indéniable de l'application du principe d'égalité dans le contentieux de la fonction publique communautaire ne suffit pas à faire de ce contentieux un domaine majeur du droit communautaire. Même si l'application du même principe dans la PAC est déjà, sur le plan pratique, plus importante, elle reste toutefois trop soumise au contexte de très grand pouvoir discrétionnaire des institutions de l'Union - seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre peut affecter la légalité de cette mesure, voy. jurisprudence citée sous note (44 xx) - pour pouvoir être considérée comme centrale dans l'analyse des concepts d'égalité et de discrimination. Dans les autres domaines du droit communautaire, tel le droit de la concurrence, l'application de ces concepts est trop marginale pour être réellement significative.

¹²⁵⁶ Dont l'audace, à tout le moins discutable sur le plan juridique, donne déjà un peu plus de sens à la comparaison des droits que peut revendiquer le citoyen de l'Union, américaine ou européenne, lorsqu'il circule à l'intérieur du territoire de cette Union ; voy. par exemple A.P. van der Mei, « Freedom of Movement for Indigents : A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law », *19 Arizona Journal of International and Comparative Law*, (2002), p. 803 ; T.C. Fischer, « European Citizenship : In its Own Right and in Comparison with the United States », *Cambridge Yearbook of European legal studies* (2002-2003), 2004, p. 357 et C. Timmermans, « Lifting the Veil of Union Citizen's Rights », in *Une Communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, N. Colneric, D. Edward, J.P. Puissechot, D. Ruiz-Jarabo Colomer éd., Berliner Wissenschafts – Verlag, 2003, p. 195.

High Court (arrêt *Street* – droit d’admission comme avocat) ont eu à examiner les limites de ce droit à la libre circulation entre les provinces ou les états.

S’agissant du *sexe*, le constat est certes moins vrai, car le principe d’une telle démarche comparatiste existait déjà dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans l’arrêt *Jenkins*, dans lequel elle a élaboré sa conception de la notion de discrimination indirecte dans le domaine de l’égalité entre hommes et femmes, il n’est pas contesté qu’elle s’est laissée influencer, peut-être à tort¹²⁵⁷, par la jurisprudence *Griggs* et *Dothard* de la Cour suprême US. En revanche, on ne trouve guère de traces de pareille démarche comparatiste dans sa jurisprudence sur les actions positives. Cela n’est guère étonnant dans la mesure où c’est l’année même, 1995, où elle a examiné pour la première fois la légalité de telles actions au regard du droit communautaire que la Cour suprême US condamnait fermement, et de manière durable, l’usage des *affirmative actions* par les autorités publiques dans le domaine de l’emploi (arrêt *Adarand*). Une recherche de la justification et des conditions de mise en œuvre de ces *affirmative actions* dans la jurisprudence de la Cour suprême US, aurait pourtant peut-être permis à la Cour de justice de donner une assise théorique à sa jurisprudence sur les actions positives, dont les lacunes dans la motivation sont éminemment regrettables (voy. I^{ère} Partie, chap. II). De la même façon, un regard vers la jurisprudence de la High Court et de la Federal Court australiennes aurait pu lui permettre de se sentir confortée dans la distinction établie entre discrimination directe et discrimination indirecte, et dans l’impossibilité de justifier la première.

Il faut pourtant constater qu’à l’exception, certes notable, de la définition de la discrimination indirecte, la Cour de justice s’est révélée très peu encline à regarder comment les concepts d’égalité et de discrimination étaient maniés par les autres cours suprêmes. Jusqu’à récemment, on pouvait seulement regretter cette frilosité, assez typique également de la Cour européenne, mais totalement absente chez les cours fédérales australiennes¹²⁵⁸, et à un moindre degré chez la Cour suprême du

¹²⁵⁷ Elle disposait en effet déjà de sa propre analyse du concept de « discrimination indirecte » donnée dans l’arrêt *Sotgiu* dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. En choisissant de suivre plutôt le modèle américain, lequel avait lui-même influencé le *Sex Discrimination Act* britannique de 1975, la Cour a, de manière durable – en fait jusqu’à l’adoption par le Conseil et le Parlement de la directive 2002/73, modifiant la directive 76/207 – rendu souvent tributaire du rapport d’une preuve statistique le constat d’une discrimination indirecte à l’encontre des travailleurs féminins. On peut dès lors se demander, comme le fait K. Ahtela, « The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law : A Critical Assessment », *11 European Law Journal*, (2005), pp. 57 et 63, si la jurisprudence de la Cour aurait pu prendre un autre chemin si la question préjudicielle dans l’affaire *Jenkins* lui avait été posée par une juridiction (belge ou française) appliquant une législation n’ayant pas importé le modèle américain de discrimination indirecte.

¹²⁵⁸ *X v. The Commonwealth* (High Court) à propos de la question de savoir si le *Disability Discrimination Act* couvre les discriminations fondées sur le SIDA, ou *Macedonian Teachers Association of Victoria* (Federal Court) à propos de la notion même de discrimination. Voy. également J. Toohey, ancien juge de la High Court australienne, « The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms : Implications for Australia », in *Protection ...*, pp. 1431 et 1432, qui souligne le fait que les cours australiennes se sont de façon croissante appuyées sur les décisions de la Cour européenne, eu égard à leur force persuasive.

Canada. Il fallait toutefois constater que pareille attitude était sans conséquence pratique, hormis quelques cas spécifiques.

L'arrêt *Grant* constitue un tel cas¹²⁵⁹ dans lequel la Cour de justice a rejeté le principe d'une démarche comparatiste. A un argument de Mme Grant, fondé notamment sur la jurisprudence d'Etats tiers, et selon lequel le terme « sexe », visé par l'article 141 du traité, devrait être interprété comme recouvrant également les préférences sexuelles, la Cour opposa sèchement « *qu'une telle observation ne saurait donc, en tout état de cause, amener la Cour à élargir la portée de l'article [141] du traité. Dans ces conditions, la portée de cet article, comme celle de toute disposition de droit communautaire, ne peut être déterminée qu'en tenant compte de son libellé et de son objectif, ainsi que de sa place dans le système du traité et du contexte juridique dans lequel cette disposition s'insère* » (point 47).

Cette attitude démarquait profondément la Cour de justice de la High Court australienne, par exemple, laquelle n'hésite pas à se référer régulièrement à la jurisprudence d'autres cours suprêmes, principalement américaine, canadienne ou britannique, mais également à celle de la Cour européenne. Dans le cas d'espèce, la Cour de justice adoptait en outre une position opposée à celle suivie par la Cour suprême du Canada (arrêt *Vriend*¹²⁶⁰) quelques mois plus tard.

Un tel refus de la part de la Cour de justice de prendre en considération les solutions adoptées ailleurs serait-il aujourd'hui encore acceptable ?

II – Nécessité d'une évolution de l'approche de la Cour de justice ?

L'arrêt *Lawrence* de la Cour suprême US de 2003, dans lequel celle-ci a jugé inconstitutionnelle la législation de l'état du Texas bannissant la sodomie entre hommes adultes consentants, même dans un lieu privé¹²⁶¹, n'a pas seulement constitué un revirement radical dans son approche de la constitutionnalité, au regard du 14^e Amendement, de ce genre de pratique sexuelle. En appuyant sa conclusion, en particulier sur la jurisprudence antérieure de la Cour européenne (arrêt *Dudgeon*), il signale également l'acceptation, par la majorité des membres de la Cour suprême US, de regarder, quand cela s'avère nécessaire, la jurisprudence d'autres cours suprêmes, même pour interpréter des

¹²⁵⁹ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 163.

¹²⁶⁰ Cette affaire concernait un professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité. Or, comme en droit communautaire, l'orientation sexuelle n'était pas incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne. La Cour suprême du Canada jugea que l'orientation sexuelle devait être considérée comme un « motif analogue », aux fins de l'application de l'article 15, paragraphe 1, de la *Charte* et que les mots « orientation sexuelle » devaient être tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale.

¹²⁶¹ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 295.

dispositions de la Constitution américaine¹²⁶². Pareille attitude marque une modification notoire dans le comportement enregistré jusque là de la part de la Cour suprême US¹²⁶³.

La Cour de justice restera-t-elle dès lors seule à prétendre, comme elle le fit dans *Grant*, que l'interprétation de toute disposition du droit communautaire, et en particulier du principe de non-discrimination, ne peut se faire qu'en fonction de son libellé et du contexte dans lequel elle/il s'insère ?¹²⁶⁴

Une réponse négative, partielle, à cette question est déjà apportée par la pratique actuelle de la Cour de justice d'interpréter le droit communautaire en tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *K.B.*, de 2004, un transsexuel se plaignait de l'impossibilité de remplir la condition de mariage, imposée par la législation britannique, pour l'octroi d'une pension de réversion réservée au conjoint survivant. La Cour de justice aboutit au constat d'une violation du principe de non-discrimination entre hommes et femmes, inscrit à l'article 141 du traité, en s'appuyant exclusivement sur un arrêt rendu peu de temps auparavant par la Cour européenne, dans lequel celle-ci avait estimé qu'une telle interdiction de mariage est contraire à la CEDH¹²⁶⁵. Pareil emprunt de jurisprudence n'est évidemment pas toujours sans risque, notamment dans la mesure où il dépend dangereusement de l'évolution jurisprudentielle d'une autre cour suprême (sur les limites de l'approche comparatiste, voy. *ci-dessous*).

Les développements législatifs récents semblent toutefois condamner la Cour de justice à abandonner, complètement, l'attitude fermée, manifestée dans l'arrêt *Grant*, vis-à-vis de la jurisprudence d'autres cours suprêmes. L'entrée en vigueur des directives 2000/43 et 2000/78,

¹²⁶² Cette ouverture récente de la Cour suprême US s'est aussi manifestée dans le contexte particulier de la constitutionnalité de la peine de mort infligée aux mineurs. Dans son arrêt de 2005 *Roper v. Simmons*, déclarant inconstitutionnelle les législations des états permettant qu'une telle sanction leur soit appliquée, la majorité de la Cour suprême US déclara notamment que reconnaître que l'affirmation expresse de certains droits fondamentaux par les autres nations et peuples souligne le caractère central de ces mêmes droits à l'intérieur de l'héritage américain de liberté ne diminuait en rien la fidélité à la Constitution ou la fierté dans ses origines.

Voy. également l'arrêt de 2004 de la High Court australienne dans *Al-Kateb v. Godwin* (portant sur la légalité d'une disposition d'une réglementation permettant la détention indéfinie d'étrangers illégaux sans contrôle judiciaire), et en particulier le point 174 de l'opinion du juge Kirby.

¹²⁶³ Il faut toutefois constater que le débat continue à faire rage parmi les juges de la Cour suprême US et oppose globalement libéraux et conservateurs, les deux juges « centristes », O'Connor et Kennedy, s'étant joints, pour l'instant, aux juges libéraux ; voy. l'édition électronique du *Washington Post* du 21 avril 2005, « *O'Connor Dismisses Ado Over Int'l Law* », relatant les points de vue exprimés par trois *Justices* lors d'un colloque sur cette question.

¹²⁶⁴ La question ne se pose d'ailleurs pas que dans le domaine de la non-discrimination. S'agissant, par exemple, de la législation *anti-dumping*, voy. les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizer*, dans lesquelles il notait que les difficultés que soulève la nécessaire conciliation du respect des droits de la défense et de la sauvegarde de la confidentialité de certaines informations ont trouvé une solution dans d'autres ordres juridiques, laquelle pourrait être transposable en droit communautaire (points 114 et 117).

¹²⁶⁵ De la même manière, il arrive que la Cour européenne s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice pour définir certaines notions, telle celle d'emploi dans l'administration publique, voy. l'arrêt *Pellegrin*.

prohibant les discriminations fondées sur la race, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle, rend pareil comportement difficilement tenable. Comment la Cour de justice pourrait-elle, en effet, ignorer les jurisprudences des autres cours suprêmes ayant eu à se prononcer sur des faits identiques, dans le cadre d'une même interdiction des discriminations, fondées sur les mêmes motifs, lesquels, au moins pour la race et la religion, sont des valeurs universelles au cœur de toute démocratie ? Une fois encore, cette nécessité de regarder ce qui se fait ailleurs n'implique nullement d'appliquer, nécessairement et automatiquement, les solutions retenues dans un autre contexte juridique et social¹²⁶⁶. Prétendre toutefois, comme la Cour le fit dans *Grant*, « *qu'en tout état de cause* », pareille jurisprudence étrangère ne pourrait influencer sa propre jurisprudence, ne pourrait que conduire à son isolation et à diminuer son influence, et donc celle des valeurs portées par le droit communautaire.

C. L'Heureux-Dubé, membre de la Cour suprême du Canada de 1987 à 2002, a exprimé, en termes clairs et convaincants, les raisons de la nécessité pour les juges de se livrer à un tel examen comparatif : « *[This essay] does so because it is valuable for judges of all national courts confronted with basic questions of human rights to be aware and learn from the work of their foreign counterparts. [...]. National courts are facing similar claims and problems, to which each can contribute and from which each can learn, especially where they concern such basic human rights as the right to be free from discrimination and to receive equal treatment and equal protection under the law* »¹²⁶⁷.

Une fois posé le principe du caractère nécessaire de l'approche comparatiste, il convient de s'attacher à en circonscrire les limites.

§ 2 – Modulation de l'approche comparatiste

I- Les limites

In law, context is everything – en droit, le contexte est tout ! Cette affirmation de Lord Steyn, de la House of Lords¹²⁶⁸, semble faire écho à celle de la Cour de justice dans l'arrêt *Grant*. Comme cette dernière, elle ne peut être prise à la lettre. En tant que telle, elle contient un rappel, utile, que la solution dégagée par une cour suprême d'un autre pays n'est pas nécessairement transposable au contexte, juridique et social, dans lequel une autre cour suprême est appelée à rendre son arrêt. Mais elle ne peut signifier, par contre, que cette jurisprudence ne peut, par principe, être transposée.

¹²⁶⁶ Mais comme le note O. Kaufmann, le travail comparatif exige de ne pas considérer « son droit » comme contenant les normes parfaites, « justes », ou même que ce droit contiendrait a priori la solution la plus adéquate pour un problème ou une situation.

En rédigeant l'opinion de la majorité de la Cour suprême US dans l'arrêt *Lawrence*, le juge Kennedy s'appuya sur la jurisprudence de la Cour européenne pour démontrer que le postulat à la base de l'arrêt *Bowers* – que l'arrêt *Lawrence* renverse –, à savoir que la sodomie entre homosexuels consentants n'était pas un droit protégé dans la civilisation occidentale, était erroné. Si le recours à la jurisprudence de la Cour européenne était donc pertinent, il ne pouvait suffire, à lui seul, à justifier un renversement de la jurisprudence *Bowers*. Un tel renversement devait, en outre, plus particulièrement se justifier au regard des règles constitutionnelles américaines et dans le contexte social propre aux Etats-Unis¹²⁶⁹. Il ne s'agissait donc pas, pour la Cour suprême US, d'affirmer que l'interdiction de la sodomie entre adultes homosexuels consentants est contraire au 14^e Amendement parce qu'elle est contraire à la CEDH¹²⁷⁰. En revanche, la jurisprudence de la Cour européenne, correctement comprise, pouvait servir de point de référence utile à une interdiction similaire par la Cour suprême US.

II – Les variations dans l'emprunt aux autres ordres juridiques

Le droit à la non-discrimination est, comme l'a rappelé la juge L'Heureux-Dubé, un droit de l'homme fondamental dans toute société occidentale respectueuse de la règle de droit. Plus la valeur en cause est universelle, plus la nécessité d'un regard comparatiste est donc incontournable. L'interdiction des discriminations fondées sur la race est certainement la valeur la plus universelle. Enfin consacrée de manière effective en droit communautaire depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/43, cette interdiction laisse toutefois non résolues de nombreuses questions juridiques : notions de « race » et « d'origine ethnique », motifs pouvant justifier une discrimination indirecte fondée sur ce grief et degré de rigueur dans l'appréciation de ces motifs, définition des limites éventuelles des actions positives permises, ...

1) Une approche différenciée selon le motif de discrimination

¹²⁶⁷ « Realizing equality ... », p. 36.

¹²⁶⁸ Arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, de 2001, point 28 de son opinion.

¹²⁶⁹ Comme l'a écrit M.D. Ramsey, « International Materials and Domestic Rights : Reflections on *Atkins* and *Lawrence* », 98 *American International Journal of International Law*, (2004), pp. 69 et 80, l'arrêt de la Cour européenne démontrait qu'un argument ayant justifié l'arrêt *Bowers* était faux, non que la loi en cause était inconstitutionnelle.

¹²⁷⁰ Il est intéressant de noter que ni la Cour européenne ni la Cour suprême US ne fondent leur conclusion sur l'existence d'une discrimination, qu'elle soit fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, mais bien sur une atteinte au droit à la vie privée, encore que la motivation exacte de l'arrêt *Lawrence* demeure un peu floue (voy. *supra*).

La Cour de justice sera, tôt ou tard¹²⁷¹, invitée à se prononcer sur ces différentes questions. Il paraîtrait difficilement justifiable qu'à cette occasion la Cour de justice soutienne qu'elle n'a pas à prendre en compte la jurisprudence d'autres cours suprêmes pour interpréter, dans le contexte du droit communautaire, la notion de « race » ou « d'origine ethnique », ou qu'invitée à interpréter l'interdiction de discrimination fondée sur la religion dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle, édictée par la directive 2000/78, elle n'a pas, s'agissant de l'interdiction du port du voile à l'école ou sur les lieux de travail, à prendre en considération la jurisprudence de la Cour européenne ou des cours canadiennes ou la pratique américaine.

Si presque toutes les questions liées à l'interprétation des dispositions contenues dans les directives 2000/43 et 2000/78 se prêteront à une telle analyse comparatiste, toutes n'impliqueront pas le même degré de *dépendance* dans lequel la Cour de justice - dernière, chronologiquement, cour suprême appelée à interpréter ces notions - se trouvera par rapport à la jurisprudence déjà existante. L'autonomie dont elle jouira pour asseoir ses propres solutions variera en fonction de la question en cause.

Ainsi, si elle est invitée à déterminer si les Juifs peuvent prétendre former une « race » ou un « groupe ethnique » au sens de la directive 2000/43¹²⁷², comment la Cour de justice pourrait-elle ne pas appuyer, de *manière centrale*, sa solution sur la jurisprudence de la Cour européenne, de la Cour suprême US, de la Cour suprême du Canada et de la High Court australienne, lesquelles ont, unanimement, répondu affirmativement à cette question¹²⁷³. Sur ce type de question, la marge d'autonomie de la Cour de justice paraît par conséquent quasiment nulle.

¹²⁷¹ Compte tenu du mécanisme de la question préjudicielle (article 234 CE) permettant à n'importe quel juge de tout Etat membre d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner aux dispositions du droit communautaire, il est vraisemblable qu'une telle invitation parviendra assez tôt à la Cour. En outre, compte tenu du succès de la procédure préjudicielle et de l'absence en droit communautaire d'un filtre similaire à celui permettant à la Cour suprême US de refuser d'examiner une affaire - ce qu'elle fait dans un très grand pourcentage des décisions qu'elle rend -, on peut raisonnablement prévoir que le nombre d'affaires portant sur l'interprétation des directives qui lui seront soumises croîtra rapidement. Entrée en vigueur le 3 décembre 2003, la directive 2000/78 a déjà donné lieu à deux affaires préjudicielles portant sur la disposition concernant l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge (aff. C-144/04, *Mangold*) et sur la notion de handicap (aff. C-13/05, *Chacon Navas*).

¹²⁷² La question n'est pas que théorique. Dans la mesure où seule la directive 2000/43, prohibant les discriminations fondées sur la race, a un champ d'application matériel s'étendant au-delà du domaine de l'emploi, il est important de savoir si un Juif peut prétendre être victime d'une discrimination en fonction de sa race ou « seulement » de sa religion. Dans le premier cas, il pourra invoquer la protection du droit communautaire, même si la discrimination concerne l'octroi d'avantages sociaux, l'accès au logement, ... En revanche, s'il peut être établi que la *raison d'être* de la discrimination est sa *religion* juïque, il serait logique qu'il ne puisse invoquer la protection du droit communautaire que dans le domaine de l'emploi (directive 2000/78).

¹²⁷³ Voy. par exemple l'arrêt de la Federal Court australienne dans *Jones v. Scully* confirmant que les Juifs en Australie constituent un peuple avec une « origine ethnique ». La Federal Court définit la notion d'origine ethnique comme suit, en reprenant les termes de l'arrêt *King-Ansell* de la cour d'appel néo-zélandaise : « un groupe est identifiable en termes de ses origines ethniques s'il constitue un segment de la population qui se

Toutes les questions, même liées à la notion de « race », ne seront cependant pas aussi « faciles ». Ainsi, en 1983, la House of Lords jugea que les Sikhs relèvent du champ d'application personnel du *Race Discrimination Act* britannique et annula une décision d'un directeur d'école interdisant l'entrée à un enfant sikh s'il refusait d'enlever son turban et de se couper les cheveux. Cette décision était fondée sur le fait que le port du turban, manifestant l'origine ethnique de l'enfant, accentuerait les distinctions sociales *et religieuses* dans l'école (arrêt *Mandla*). Si des faits identiques étaient aujourd'hui soumis à la Cour et qu'il lui était demandé si la décision du directeur de l'école constitue une discrimination fondée sur la race ou la religion, il semblerait que, fondée sur une manifestation *religieuse* de l'appartenance à une communauté ethnique¹²⁷⁴, cette discrimination ne pourrait être appréhendée que sous l'angle de l'interdiction des discriminations fondées sur la *religion*, et donc uniquement dans le contexte de l'emploi et de la formation professionnelle, seul couvert par la directive 2000/78. Cette solution aurait néanmoins pour conséquence vraisemblable de faire sortir cette discrimination du champ d'application matériel de cette directive, eu égard à la notion de « formation professionnelle » du droit communautaire, laquelle ne couvre pas l'enseignement primaire^{1275 1276}.

Les questions liées à l'interdiction des discriminations fondées sur la *religion* constitueront certainement un terrain fertile pour tester la réticence, ou l'ouverture, de la Cour de justice vis-à-vis d'une approche comparatiste. Ainsi, l'interdiction du port du voile dans les écoles, introduite récemment en France et dans certains *Länder* allemands. En 2004, la Cour européenne jugea, dans l'arrêt *Sahin*¹²⁷⁷, que pareille interdiction constitue bien une ingérence dans la liberté de religion garantie par l'article 9 de la CEDH, mais que cette ingérence répond à un objectif de protection de l'ordre public et des droits et libertés d'autrui¹²⁷⁸ et que, eu égard à la large marge d'appréciation dont disposent les Etats dans le domaine de la religion et de l'organisation de l'enseignement, cette ingérence peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique », au sens du

distingue des autres par une combinaison suffisante d'habitudes partagées, de croyances, de traditions et de caractéristiques dérivées d'un passé commun ou présumé commun, même s'il n'est pas issu de ce qui, en termes biologiques, constitue un tronc racial commun. C'est cette combinaison qui leur donne une identité sociale déterminée historiquement à leurs propres yeux et aux yeux de ceux qui se trouvent en dehors du groupe. Ils ont une identité sociale basée pas simplement sur la cohésion et la solidarité du groupe, mais également sur leur croyance en ce qui concerne leurs antécédents historiques ».

¹²⁷⁴ Il est à cet égard admis par les autres cours suprêmes que les Sikhs forment bien une *communauté ethnique*.

¹²⁷⁵ Voy. les arrêts *Gravier, Barra et Humbel*.

¹²⁷⁶ En 2005, la Cour européenne a également analysé la question du port du turban des Sikhs sous l'angle de l'article 9 (liberté de religion) et a jugé que l'obligation qui leur est faite d'enlever leur turban lorsqu'ils traversent le sas de sécurité d'un aéroport constitue certes une ingérence dans leur liberté de religion, mais que celle-ci est justifiée pour des raisons de sécurité publique. Il est vrai que le requérant n'avait pas invoqué l'article 14 et une éventuelle plainte fondée sur son origine ethnique ; *Phull* (décision d'irrecevabilité).

¹²⁷⁷ Concernant l'interdiction du port du voile dans les universités turques.

¹²⁷⁸ Au terme d'un examen particulièrement lapidaire, puisqu'elle se borne à motiver cette conclusion « eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes » (para. 84). E. Bribosia et I.

paragraphe 2 de l'article 9, compte tenu également que c'est le principe de laïcité, incontournable dans le système politique turc, qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port d'insignes religieux dans les universités (para. 110)¹²⁷⁹. (renvoi devant gde chambre 23.11.04xx)

Cette question sera sans doute soumise un jour à la Cour de justice. Quelle devrait être son attitude ? Eu égard à la signification particulière reconnue par la Cour de justice à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne¹²⁸⁰, il est vraisemblable que la Cour de justice prendrait dûment en considération cet arrêt. Pourrait-elle pour autant ignorer la jurisprudence, en sens contraire, des cours et tribunaux canadiens¹²⁸¹, le fait que pareille interdiction est jugée contraire au 14^e Amendement aux Etats-Unis¹²⁸² ou que la législation française a été jugée préoccupante et contre-productive par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU¹²⁸³ ? En toute hypothèse, même la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne ne devrait pas se faire de manière automatique, comme c'est parfois le cas actuellement (voy. ci-dessous). En outre, si les législations française et turque interdisent de manière identique, au moins formellement¹²⁸⁴, le port de tout signe religieux, il n'en va pas de même de la législation adoptée, par exemple, dans le Land du Bade-Wurtemberg, laquelle ne vise, en pratique, que le port du seul foulard islamique. Créant une discrimination directe entre les religions, la Cour de justice devrait-elle même seulement accepter de prendre en compte les causes de justification avancées par la Cour européenne, dont la jurisprudence ne connaît pas cette

Rorive, « Le voile à l'école ... », (p.955), critiquent également le manque de rigueur du raisonnement de la Cour européenne.

¹²⁷⁹ R. Falbeck, « *Ora et Labora* – On Freedom of Religion at the Work Place : a Stakeholder *cum* Balancing Factors Model », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2004, pp. 27 et 33, insiste sur l'influence de l'importance du principe de laïcité dans l'Etat concerné sur la position de la Cour européenne et estime qu'à l'égard de la Suède; par exemple, Etat dans lequel ce principe n'a pas cette importance, la même interdiction devrait être déclarée contraire à l'article 9. F. Sudre, « La décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel français », *Revue française de droit administratif*, 2004, pp. 30 et 37.

¹²⁸⁰ Arrêt ERT, point 41.

¹²⁸¹ Voy. la jurisprudence et la pratique citées par J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », 43 *Revue du droit de McGill*, (1998), p. 325, texte sous notes (30) et (31).

¹²⁸² Voy. le communiqué de presse du 30 mars 2004 émanant du département de la justice et par lequel ce dernier annonce qu'il interviendra dans l'affaire *Hearn v. Muskogee Public School District*, pour faire respecter le droit d'une jeune Musulmane à porter le foulard islamique à l'école (http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/March/04_crt_195.htm).

¹²⁸³ Observations finales du Comité à l'issue de sa 36^e Session, document de presse du 4 juin 2004 (<http://www.unog.ch/news2/documents/newsfr/crc04025f.htm>).

¹²⁸⁴ Les travaux préparatoires de la législation française semblent toutefois montrer que c'est bien le port du seul foulard islamique qui est visé, voy. l'intervention de M. Fabius à l'Assemblée nationale lors de la séance du 4 février 2004.

distinction entre discriminations directe et indirecte¹²⁸⁵, ou à tout le moins son examen ne devrait-il pas être plus rigoureux ?¹²⁸⁶

D'autres questions encore, liées également à l'interprétation de la directive 2000/78, illustrent en revanche les domaines dans lesquels la marge d'autonomie de la Cour de justice devrait être la plus grande, même en présence d'une jurisprudence des autres cours suprêmes. Cette directive proscriit les discriminations fondées sur l'âge, mais prévoit que celles-ci peuvent être justifiées par des raisons tenant, notamment, à l'organisation du marché de l'emploi. Une telle organisation relève encore essentiellement de la compétence des seules autorités nationales. Dans l'appréciation du motif invoqué par un Etat membre en présence d'une discrimination fondée sur l'âge, la Cour de justice devra procéder à un examen de la seule situation nationale. La jurisprudence des autres cours suprêmes ne lui sera à cet égard d'aucun secours, sauf éventuellement en ce qui concerne le degré de rigueur de l'examen de l'objectif légitime poursuivi et de la proportionnalité des mesures utilisées pour réaliser celui-ci (voy. *ci-dessous* la question de la « hiérarchisation » des motifs de discrimination).

En définitive donc, si l'approche de la Cour de justice, dans l'interprétation des directives 2000/43 et 2000/78, ne pourra pas ignorer la jurisprudence des autres cours suprêmes, le degré de prise en compte de celle-ci dépendra de divers facteurs, et notamment du caractère plus ou moins universellement reconnu de la valeur en cause.

L'approche comparatiste exigerait de regarder comment, dans un autre ordre juridique, est définie la notion de « race », ou si l'interdiction du port de signes religieux y est jugé ou non discriminatoire. Mais elle requerrait également que soit examiné le raisonnement utilisé pour aboutir à la conclusion de l'existence/l'absence d'une discrimination. Cela exigerait donc que soit vérifié, entre autres, si cette autre cour connaît la distinction entre discriminations directe et indirecte¹²⁸⁷, si la répartition de la charge de la preuve est opérée de la même manière qu'en droit communautaire¹²⁸⁸ ou si au contraire une telle charge repose essentiellement sur le plaignant, comme c'est le cas généralement en Australie

¹²⁸⁵ Même si les législations turque et française sont, au moins formellement, indistinctement applicables, il pourrait être argué qu'elles créent néanmoins également une discrimination directe, puisqu'elles sont fondées directement sur le critère de l'appartenance religieuse.

¹²⁸⁶ Dans un arrêt (*Ludin*) de 2004, la Cour administrative fédérale d'Allemagne (*Bundesverwaltungsgericht*) a jugé cette loi compatible avec la Loi fondamentale allemande !

¹²⁸⁷ Dans l'hypothèse où une cour suprême estime justifiée une discrimination *directe* fondée sur la religion ou l'orientation sexuelle, par exemple, la Cour de justice peut-elle néanmoins prendre en considération la cause de justification utilisée, même en présence de faits identiques, alors que la directive 2000/78 ne permet pas, en principe, la justification des discriminations directes ?

¹²⁸⁸ Lorsque le plaignant apporte les éléments permettant de présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur de prouver que la différence de traitement est motivée par des motifs non discriminatoires.

(arrêt *Briginshaw v. Briginshaw*) ou aux Etats-Unis dans le cadre du Titre VII en présence d'une mesure ayant un *systemic disparate impact* (arrêt *Wards Cove v. Atonio*¹²⁸⁹)¹²⁹⁰, ...

2) L'exemple ambigu de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne

La Cour de justice a reconnu depuis longtemps la *signification particulière* de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'elle est appelée à assurer le respect des droits fondamentaux, dont font indéniablement partie les principes d'égalité et de non-discrimination. Lorsqu'elle examine cette jurisprudence de la Cour européenne, ce n'est parfois pas à une approche comparatiste qu'elle se livre, mais plutôt à une *incorporation* dans l'ordre juridique communautaire de la solution retenue par la Cour européenne. Il s'agit dans ces cas-là plus d'une approche de *soumission*¹²⁹¹ que d'une approche comparatiste. Quand est en jeu un droit garanti, directement et seulement, par la CEDH, dont la Cour européenne est l'interprète et la gardienne ultime, il paraît normal que la Cour de justice reprenne, sans contrôle, la jurisprudence de la Cour européenne.

Ainsi, en 1989, la Cour de justice jugea dans l'affaire *Hoechst*, concernant le droit de la concurrence, qu'il n'existe pas de principe général de droit communautaire consacrant le droit à l'inviolabilité du domicile des entreprises ni de jurisprudence de la Cour européenne déduisant un tel principe de l'article 8 de la CEDH. Mais, en 2002, la Cour européenne considéra, dans l'arrêt *Colas Est*, que, dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la CEDH, « *il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* » (para. 41). Quelques mois plus tard, la Cour de justice jugea dès lors qu'elle devait désormais tenir compte de cette nouvelle jurisprudence (arrêt *Roquette*, point 29)¹²⁹² ¹²⁹³ ¹²⁹⁴.

¹²⁸⁹ Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, voy. p. 346.

¹²⁹⁰ Le fait d'aboutir à la conclusion qu'une mesure indirectement discriminatoire est justifiée parce que le plaignant n'est pas parvenu à démontrer une *intention discriminatoire* interdit-il de conclure, dans un autre ordre juridique, à son caractère injustifiable dans l'hypothèse où le rapport d'une telle intention n'est pas exigé ?

¹²⁹¹ G. Rodríguez Iglesias, « The Court of Justice, Principles of EC Law, Court Reform and Constitutional Adjudication », *European Business Law Review*, 2004, pp. 1115 et 1120, président de la Cour de justice jusqu'en 2004 a lui-même parlé de l'acceptation par la Cour de justice d'occuper une *position subordonnée* par rapport à la Cour européenne en matière de droits de l'homme.

¹²⁹² Même si, dans la suite de son arrêt, la Cour de justice essaya de limiter la portée de cette jurisprudence de la Cour européenne, il n'en demeure pas moins que la seconde imposa un réel renversement de jurisprudence à la première, puisque dans l'arrêt *Hoechst* elle avait déclaré que la protection de l'article 8 de la CEDH ne saurait être étendue aux locaux professionnels (point 18).

¹²⁹³ Cette « soumission » à la jurisprudence de la Cour européenne ne s'est toutefois pas faite sans heurts. Ainsi, en 1999, le Tribunal, jugea, suite à une première évolution de la jurisprudence de la Cour européenne, que la jurisprudence *Hoechst* de la Cour de justice étant fondée sur l'existence d'un principe général de droit communautaire, la circonstance que la jurisprudence de la Cour européenne aurait évolué depuis le prononcé de cet arrêt ne pourrait avoir d'incidence directe sur le bien-fondé de la solution retenue par la Cour de justice ! arrêt *Limburgse Vynil Maatschappij*, point 420. A propos de cet arrêt, I. Omarjee, S. Robin-Olivier et L. Sinopoli,

De même, dans l'arrêt *K.B.*, la Cour de justice n'aboutit à une conclusion de violation de l'article 141 du traité, dans le cas d'un transsexuel ne pouvant remplir la condition de mariage imposée par la législation britannique pour l'octroi d'une pension de réversion réservée au conjoint survivant, que¹²⁹⁵ parce que, entre la date de renvoi de cette affaire par le juge national à la Cour de justice et la date de son arrêt, la Cour européenne rendit une décision (*Goodwin*) dans laquelle elle conclut que la législation britannique était contraire à la CEDH. Il est très vraisemblable¹²⁹⁶ qu'en l'absence d'un tel arrêt, la Cour de justice n'aurait pas examiné la compatibilité de cette législation¹²⁹⁷ avec le droit communautaire et n'aurait pas constaté la violation de l'article 141 du traité.

Les rapports entre la Cour de justice et la Cour européenne ne sont bien sûr pas toujours ceux d'une soumission de la première à la seconde. Il arrive que deux jugements en sens contraire n'aboutissent à aucune modification de la jurisprudence de la Cour de justice, compte tenu du champ d'application différent des deux ordres juridiques. En 1992, la Cour de justice jugea, dans l'affaire *Koua Poirrez*, qu'un ressortissant français ne pouvait invoquer le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, inscrit à l'article 39 du traité, pour obtenir une prestation sociale pour son fils, car il

« Conseil de l'Europe – C.E.D.H. – La légende de Romulus et Remus renouvelée : la lutte de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe pour les droits fondamentaux », *Petites affiches*, 2002, pp. 12 et 14, parlent d'une adaptation de la CEDH par les juridictions communautaires « confinant à la déformation ». Il faut par ailleurs signaler qu'une semaine seulement avant l'arrêt *Roquette*, la Cour de justice affirmait dans l'arrêt *Limburgse Vynil Maatschappij*, rendu sur pourvoi de l'arrêt du Tribunal de 1999, que le grief des parties appelantes contre le point 420 de l'arrêt du Tribunal étant en toute hypothèse dépourvu de pertinence, il n'était pas nécessaire de statuer sur le bien-fondé de l'affirmation formulée par le Tribunal dans ce paragraphe ! (point 251). Le ralliement du Tribunal à la jurisprudence *Colas Est* s'est quant à lui fait du bout des lèvres. Dans ses arrêts *Ventouris*, *Strintzis Shipping* et *Minoan Lines* de décembre 2003, il fait allusion à l'existence d'un principe général de droit communautaire établi par la Cour de justice dans *Hoechst* ... et confirmé dans *Roquette*, sans mentionner l'arrêt de la Cour européenne ni préciser que l'arrêt *Roquette* constitue une évolution forcée par la jurisprudence de cette dernière ; voy. le point 119 de l'arrêt *Ventouris*.

¹²⁹⁴ M. Lienemeyer et D. Waelbroeck, dans leurs commentaires de cet arrêt, *CMLRev*, 2003, pp. 1481 et 1484, parlent de l'obligation des institutions communautaires de « stricte prise en compte » de la jurisprudence de la Cour européenne.

¹²⁹⁵ Paraît dès lors excessif l'avis de I. Canor, laquelle, dans ses commentaires sur cet arrêt, *CMLRev*, 2004, pp. 1113 et 1119, estime que c'est la Cour qui, sans attendre des modifications législatives dans les Etats membres, a choisi, de sa propre initiative, d'intervenir dans le domaine du droit familial.

¹²⁹⁶ Avant de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour de justice souligne en effet (point 29) que la condition posée par la législation britannique n'est pas, par elle-même, contraire à l'article 141 du traité. Il faut toutefois noter que dans la version préliminaire de ses conclusions, antérieure à l'arrêt *Goodwin* de la Cour européenne, l'avocat général Ruiz-Jarabo estimait, en se fondant sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, que l'interdiction de se marier était contraire à « l'ordre public européen ». Une allusion à cette position subsiste au point 75 de la version définitive de ses conclusions, laquelle est postérieure à l'arrêt *Goodwin*.

¹²⁹⁷ Certes, celle-ci réglementait une question tombant, en tant que telle, hors du champ d'application matériel du droit communautaire (le droit au mariage), mais elle avait pour effet de priver un travailleur du droit, fondamental, à l'égalité de traitement ; *Contra.* : M. Elósegui Ixtaso, « El TJCE y el matrimonio de transexuales. Una interpretación « ultra vires » », *Unión Europea Aranzandi*, 2004, p. 13, qui considère que la Cour de justice n'avait pas compétence pour interpréter une question ne relevant pas du champ d'application matériel du droit communautaire. *Comp.* l'arrêt *Garcia Avello*, concernant une réglementation concernant les conditions de la transmission du nom de famille, question tombant également en tant que telle en dehors du traité, mais dans lequel la Cour de justice a néanmoins conclu à l'applicabilité du droit communautaire (libre circulation des citoyens) et à la violation du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité.

n'avait jamais exercé son droit à la libre circulation, et ne rentrait donc pas dans le champ d'application personnel de cette disposition. Onze ans plus tard, la Cour européenne arriva à un constat de violation¹²⁹⁸ de l'article 14 de la Convention, combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (droit de propriété), en raison d'une discrimination fondée sur la nationalité commise au détriment du fils, adoptif et ressortissant d'un pays tiers, de M. Koua Poirrez¹²⁹⁹. La Cour de justice peut également, s'agissant du droit communautaire, interpréter plus largement que la Cour européenne un droit, tel le droit à un procès équitable, garanti par la CEDH¹³⁰⁰.

Mais en dehors des cas de *soumission nécessaire* à l'interprétation donnée de la Convention par la Cour européenne, les regards jetés par la Cour de justice sur la jurisprudence de la Cour européenne sont parfois ambigus et surprenants. Ils révèlent certains des pièges à éviter¹³⁰¹ dans le cadre d'une démarche proprement comparatiste. Deux arrêts rendus par la Cour de justice en 2003 illustrent ce constat¹³⁰².

Dans l'affaire *Schmidberger*, était en cause l'obstacle à la libre circulation des marchandises créé par la décision des autorités autrichiennes de ne pas interdire un rassemblement à finalité environnementale ayant entraîné le blocage complet de l'autoroute du Brenner pendant près de trente heures. Compte tenu de sa jurisprudence dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la Cour de justice n'éprouva aucune difficulté à constater que cette décision constituait une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 28 du traité, à moins d'être justifiée par une raison impérieuse¹³⁰³. Or, il résultait du dossier, que la décision avait été inspirée par des considérations liées au respect des droits fondamentaux des manifestants en matière de liberté d'expression et de liberté de réunion garantis par l'article 10 de la CEDH. Se tournant vers l'interprétation donnée de cette disposition par la Cour européenne, la Cour de justice constata que, lorsqu'il s'agit de mettre en

¹²⁹⁸ J. Callewaert, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination – L'interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*) », *Rev.trim. dr.h.*, 2005, p. 159 et 162, rappelle que si le droit communautaire avait été applicable aux circonstances factuelles du cas d'espèce, une violation de celui-ci aurait aussi été constatée.

¹²⁹⁹ A l'inverse, une législation nationale pourrait s'avérer conforme à un article de la CEDH, mais contraire à une disposition du traité, tel l'article 49 (sur la libre prestation des services), voy. *Commission c. Belgique* (« transmission par câbles - C-11/95 »), point 45.

¹³⁰⁰ Dans l'arrêt *Pecastaing*, la Cour de justice a établi l'applicabilité d'un tel droit dans le contentieux de l'expulsion, alors que la Cour européenne, encore en 2004, estime que l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH n'est pas applicable à un tel contentieux, voy. *Vikulov* (décision sur la recevabilité).

¹³⁰¹ D. Simon, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? » », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31 et 37, parle de la nécessité d'une prise en compte « sous bénéfice d'inventaire ».

¹³⁰² Que confirme l'arrêt *Karner* de 2004.

¹³⁰³ « Il résulte de ce qui précède que le fait pour les autorités compétentes d'un État membre de ne pas avoir interdit un rassemblement qui a entraîné le blocage complet, pendant près de 30 heures sans interruption, d'une voie de communication importante, telle que l'autoroute du Brenner, est de nature à restreindre le commerce intracommunautaire de marchandises et il doit, dès lors, être considéré comme constituant une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, en principe incompatible avec les obligations du droit

balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts, « *les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation* » (point 82). En conséquence, elle conclut que la décision des autorités autrichiennes n'était pas contraire au droit communautaire¹³⁰⁴

Cette affirmation relative à la large marge de manœuvre dont disposent les Etats, dans l'appréciation de l'application des conditions posées par le paragraphe 2 de l'article 10 CEDH, reproduit correctement la jurisprudence de la Cour européenne. En revanche, elle se démarque de sa propre jurisprudence, dans l'appréciation des raisons impérieuses pouvant justifier les restrictions à la libre circulation des marchandises. Hormis l'hypothèse où l'argument invoqué est la santé des personnes^{1305 1306}, la Cour de justice ne reconnaît pas une telle marge discrétionnaire d'appréciation aux Etats membres, caractéristique de la jurisprudence de la Cour européenne^{1307 1308}.

communautaire résultant des articles [28] et [29] du traité, lus en combinaison avec l'article [10] de celui-ci, à moins que ce défaut d'interdiction puisse être objectivement justifié » (point 64).

¹³⁰⁴ « En conséquence, les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (point 93).

¹³⁰⁵ J.P. Keppenne, p. 210. Dans ce domaine, la Cour de justice considère que le pouvoir d'appréciation des Etats membres relatif à la protection de la santé publique est particulièrement important lorsqu'il est démontré que des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique ; voy. *Commission c. France* (« substances nutritives » - C-24/00), point 50.

¹³⁰⁶ Il arrive que la Cour fasse aussi parfois preuve d'une assez grande souplesse lorsque est invoqué un argument de politique culturelle ou sociale (arrêt *Conforama*, dans la libre circulation des marchandises, et *Veronica*, dans la libre prestation des services).

¹³⁰⁷ C. Brown, dans son commentaire de cet arrêt, *CMLRev*, 2003, pp. 1499 et 1506, souligne également la « trop grande déférence » de la Cour de justice à l'égard des Etats membres. Cet auteur note également à raison le caractère casuistique de l'approche de la Cour de justice vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour européenne. Alors que dans cet arrêt (point 93), elle insiste sur le large pouvoir d'appréciation qui doit être reconnu aux Etats membres pour apprécier si les conditions de l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH sont remplies, elle a jugé, en 2001, dans le cadre d'un contentieux de la fonction publique (arrêt *Connolly*, point 41) que les restrictions que ce paragraphe permet d'apporter à la liberté reconnue par le paragraphe premier, « appellent une interprétation étroite ». G. Facenna, « *Eugen Schmidberger Internationale Planzüge v. Austria : Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods* », *European Human Rights Law Review*, 2004, pp. 73 et 80, avance qu'un des facteurs pouvant expliquer cette souplesse de la Cour était sa crainte de voir une éventuelle conclusion négative contestée devant la Cour européenne. A. Alemanno, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur – Quelques réflexions à propos des arrêts *Schmidberger* et *Omega* », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, pp. 709 et 737, suggère que la déférence de la Cour de justice serait due à la bonne foi des autorités autrichiennes. Le même auteur suggère même de renverser l'approche utilisée par la Cour de justice dans cet arrêt et d'introduire une présomption positive en vertu de laquelle toute mesure nationale inspirée par le respect des droits fondamentaux est conforme aux règles régissant les échanges.

¹³⁰⁸ La souplesse affichée par la Cour de justice dans cette affaire semble en outre contraster avec l'attitude adoptée dans une affaire quelque peu similaire, *Familia Press*, en 1997. Dans celle-ci, un argument tiré de l'article 10 de la CEDH était également invoqué pour justifier une restriction à la libre circulation des marchandises préalablement constatée. Après avoir évoqué l'article 10 de la CEDH, la Cour ajoute toutefois immédiatement que les exigences impératives doivent respecter le principe de proportionnalité, *tel que défini par sa propre jurisprudence* (point 19).

Quelques mois plus tard, dans l'affaire *RTL*, la Cour de justice emprunta une fois encore à la Cour européenne, non seulement sa jurisprudence, mais également les critères d'application de celle-ci. Dans cette affaire, était en cause la possibilité pour une chaîne de télévision d'interrompre à quatre reprises par des publicités la diffusion d'un téléfilm. La Cour constata que la directive 89/552 (sur la radiodiffusion télévisuelle) interdit bien que ce genre de programmes puisse être interrompu aussi souvent et elle admit que cette « protection renforcée » peut effectivement constituer une restriction à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH. Toutefois, ajouta-t-elle, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne, que « les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un besoin social impérieux susceptible de justifier une restriction à la liberté d'expression » (point 73).

Cette affirmation est certes correcte, s'agissant de la jurisprudence de la Cour européenne sur l'article 10 de la Convention. Par contre, la Cour de justice se montre, en principe, plus stricte dans le contrôle de la raison impérieuse avancée par les Etats membres pour justifier une restriction à la libre prestation des services.

Dans les deux affaires, la conclusion finale à laquelle aboutit la Cour de justice paraît devoir être approuvée. En revanche, la méthode de prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne peut poser problème. Ces deux arrêts soulèvent la question de la manière dont il convient, dans le cadre d'une approche comparatiste, de prendre en compte la jurisprudence des autres cours suprêmes. Dans l'arrêt *RTL*, la Cour de justice fait notamment référence à l'arrêt *VGT Verein gegen Tierfabriken* de la Cour européenne pour illustrer la marge de manœuvre dont disposent les Etats. Or, dans cet arrêt¹³⁰⁹, cette dernière affirme, conformément à sa jurisprudence classique dans ce domaine, que pour apprécier le caractère légitime de l'objectif poursuivi par les Etats pour justifier une restriction à la liberté d'expression garantie par l'article 10 – mais sa jurisprudence est identique concernant d'autres dispositions, et notamment l'article 14 prohibant les discriminations –, ainsi que le caractère proportionné des moyens utilisés pour réaliser cet objectif, elle doit se borner à vérifier que l'Etat en cause a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable (para. 68), car, selon sa jurisprudence constante, « les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux » (arrêt *Handyside*, para. 48).

Jamais en présence de restrictions à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services, libertés dont elle a rappelé le caractère fondamental dans l'arrêt *Schmidberger* (points 51 à 54), la Cour de justice n'a laissé une telle marge de discrétion aux Etats membres pour apprécier le caractère légitime de l'objectif avancé pour justifier cette restriction, ou la proportionnalité des

¹³⁰⁹ Arrêt critiquable par ailleurs s'agissant de l'examen de comparabilité des situations auquel se livre la Cour européenne, voy. *supra* l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne, point III.1xxx.

mesures adoptées. En outre, la Cour de justice affirme, dans l'arrêt *RTL* (point 73 de l'arrêt), que la Cour européenne aurait déclaré, dans son arrêt *VGT*, que l'octroi d'une marge discrétionnaire d'appréciation serait particulièrement indispensable en matière commerciale, et spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité. Or, aux paragraphes 71 et 72 de cet arrêt, la Cour européenne indique, qu'en l'espèce, l'ampleur de cette marge de manœuvre doit être relativisée et qu'elle entend donc procéder « à un examen attentif de la proportionnalité des mesures litigieuses au but poursuivi ».

Avec ces deux arrêts, la Cour de justice crée par conséquent une situation ambiguë : les Etats membres doivent-ils se voir reconnaître une marge de manœuvre plus grande lorsque, pour justifier une restriction à une liberté fondamentale, garantie par le droit communautaire, ils invoquent un droit tiré de la CEDH, que lorsqu'ils invoquent d'autres raisons impérieuses, reconnues par la Cour de justice, même s'il s'agit de la protection de la dignité humaine ?¹³¹⁰

3) Cas pratiques : le port du voile et le harcèlement sexuel

a) Le port du voile.

Ainsi qu'indiqué *ci-dessus*, la question de l'interdiction du port du foulard islamique risque de rebondir à la Cour de justice. Dans son arrêt *Sahin*, la Cour européenne a conclu que le port du voile à l'école relève de la liberté de manifester sa religion, au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la Convention¹³¹¹, que son interdiction constitue une ingérence dans ce droit, mais que cette dernière poursuit un objectif légitime de protection de l'ordre et des droits d'autrui, et que, compte tenu de la large marge de manœuvre dont disposent les Etats dans le domaine de la religion et de l'organisation de l'enseignement, et de l'importance du principe de laïcité dans la société turque, elle peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique ».

¹³¹⁰ Dans l'arrêt *Omega Spielhallen*, l'Allemagne justifiait la restriction apportée à la libre prestation de services d'un exploitant d'un jeu consistant à tirer, à l'aide de rayons lasers, sur des capteurs portés par les joueurs par la nécessité de protéger la dignité humaine. Tout en affirmant que la protection de la dignité humaine rentre dans le concept d'ordre public, la Cour de justice semble (voy. le point 36) admettre que cette cause de justification est soumise au test habituel, restrictif, dégagé par sa jurisprudence.

¹³¹¹ Il s'agit là en revanche d'une question – portée de la notion de liberté religieuse – sur laquelle il paraît difficilement concevable que la Cour de justice puisse adopter une autre position que celle de la Cour européenne, même dans le cadre de l'application, en droit communautaire, du principe de non-discrimination, et même si on ne peut que regretter que la position de la Cour européenne soit elle-même très peu motivée : « Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour partira du principe que la réglementation litigieuse, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, a constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion » (para. 71). J. Savatier, « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », *Droit Social*, 2004, pp. 354 et 356, souligne qu'une « simple liberté de conviction, privée de toute faculté d'expression, n'aurait guère de sens, puisque l'employeur est nécessairement impuissant à pénétrer dans la conscience des travailleurs. Si l'on veut que la liberté religieuse de ceux-ci ne soit pas vaine, il faut les autoriser à manifester leur foi, même publiquement ».

Comment prendre en compte un tel arrêt dans le contexte du droit communautaire ?

Si elle applique le même raisonnement que dans *Schmidberger* et *RTL*, la Cour de justice conclura probablement que l'interdiction du port du voile n'est pas contraire à la directive 2000/78, en se fondant sur la large marge de manœuvre dont disposent les Etats. Pareille conclusion pourrait être acceptable. Pour être également convaincante, on pourrait toutefois arguer que le raisonnement y menant devrait être affiné, car une reprise, telle quelle, de la solution donnée par la Cour européenne n'est pas nécessairement appropriée en droit communautaire.

Il convient d'abord de noter que la Cour européenne fonde son arrêt sur le seul article 9 de la CEDH (liberté de religion), mais, en réponse à l'argument de discrimination invoqué par l'intéressée, se borne à répondre qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14, car les circonstances pertinentes sont les mêmes que pour l'article 9 (para. 117). Quasi constante dans sa jurisprudence¹³¹², cette attitude de la Cour européenne soulève cependant de réelles interrogations quant à la valeur de l'interdiction des discriminations de l'article 14 et quant à sa place dans le système de la Convention¹³¹³. En outre, il ressort de sa jurisprudence que les différences de traitement fondées sur la religion ne peuvent être justifiées que par des considérations très fortes (arrêt *Hoffmann*)¹³¹⁴, ce que son arrêt *Sahin* ne laisse pas transparaître¹³¹⁵.

Or, la directive 2000/78 n'interdit que les seules discriminations. La solution, ainsi que le raisonnement qui y a conduit, de la Cour européenne pourraient-ils dès lors être transposés tels quels ? Il découle par ailleurs de la jurisprudence constante de la Cour de justice (arrêt *Bouchereau*) qu'un argument basé sur l'ordre public¹³¹⁶ ne peut prospérer que s'il se fonde sur le *comportement personnel* de l'individu qui fait l'objet de la mesure, car un Etat membre ne peut adopter des mesures de prévention générale (arrêt *Bonsignore*). En d'autres termes, un Etat membre devrait établir qu'une

¹³¹² Parmi les rares exceptions où la Cour européenne examine la potentialité d'une violation de l'article 14, combiné à une disposition spécifique après avoir conclu à l'absence de violation de cette dernière prise isolément, voy. les arrêts *Stjerna* et *Posti et Rahko*.

¹³¹³ Le président actuel de la Cour européenne reconnaît que cette jurisprudence contribue à faire de l'interdiction de discrimination une garantie de « second classe », L. Wildhaber, « Protection against... », p. 7.

¹³¹⁴ Même si sa jurisprudence postérieure à cet arrêt initial est parfois ambiguë, voy. *supra*, II^e Partie, point III.5xxx.

¹³¹⁵ V. Fabre-Alibert, « La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signe ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 575 et 605, tout en se prononçant clairement en faveur de la compatibilité de cette loi avec l'article 9, reconnaît qu'elle pourrait soulever un problème au regard de l'article 14 de la CEDH.

¹³¹⁶ L'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78 permet aux Etats membres de justifier une discrimination par l'invocation d'un argument fondé sur la défense de l'ordre. Cette disposition qui ne figurait ni dans la proposition ni la proposition modifiée présentées par la Commission a été ajoutée par le Conseil à la demande d'un Etat membre, inquiet de l'absence de définition commune des motifs de discrimination et soucieux d'apporter certaines limites à l'interprétation que pourrait donner la Cour de justice.

étudiante spécifique, en portant un voile, porte atteinte, par son comportement personnel, à l'ordre public.

En privilégiant l'approche, plus souple, de la Cour européenne¹³¹⁷, la Cour de justice conférerait donc un contenu différent à la réserve d'ordre public, selon le critère de discrimination en cause (nationalité *ou* religion). Une telle conclusion est éventuellement justifiable, mais il appartient à la Cour de justice de la motiver de manière appropriée.

Enfin, qu'est-ce qui justifierait que l'approche comparatiste de la Cour de justice se limite à examiner la jurisprudence de la Cour européenne et non celle, contraire, prévalant au Canada ? Mais dans un tel cas, et de la même façon, la Cour de justice ne devrait pas se borner à reproduire la solution canadienne, sans tenir compte du fait que la Cour suprême du Canada fait de « l'atteinte à la dignité humaine » le facteur *déterminant* dans l'examen de l'existence d'une discrimination « réelle » au sens de l'article 15 de la Charte, que la jurisprudence canadienne ne connaît pas non plus la distinction entre discriminations directe et indirecte, et qu'elle laisse en général au plaignant le soin de choisir le groupe auquel il doit être comparé (voy. *supra* II^e Partie, chap. III). Soit des critères fort étrangers à ceux maniés par la Cour de justice dans l'application du principe de non-discrimination.

b) Le harcèlement sexuel.

La directive 2002/73, laquelle a modifié la directive 76/207, a fait du harcèlement sexuel une discrimination fondée sur le sexe, mais le législateur n'a, en rien, expliqué en quoi le harcèlement sexuel peut, le cas échéant, constituer une *discrimination* fondée sur le sexe (voy. *supra*, I^{ère} Partie, chap. II). Il est vraisemblable que cette question sera également assez rapidement soumise à l'interprétation de la Cour de justice. Elle devra sans aucun doute examiner la jurisprudence de la Cour suprême US, laquelle s'est penchée pour la première fois sur ce problème il y a près de vingt ans (arrêt *Meritor Savings Bank v. Vinson*¹³¹⁸) et celle de la High Court et de la Federal Court d'Australie, pays dans lequel le harcèlement sexuel est explicitement interdit par la législation fédérale depuis 1984 (voy. *supra*, II^e Partie, chap. IV). Mais dans son approche comparatiste elle devra tenir compte, notamment, du fait qu'en Australie un même comportement peut donner lieu à une plainte pour harcèlement sexuel *et* pour discrimination fondée sur le sexe, lesquels sont donc deux griefs distincts (arrêt *Susan Hall*), ce qui n'empêche pas que l'attitude des juridictions australiennes sur le rapport entre ces deux griefs est parfois ambiguë (voy. arrêt *Elliott v. Nanda*), et que la Cour suprême US est généralement restée en défaut de démontrer en quoi un comportement donné, qualifié de harcèlement

¹³¹⁷ Encore y a-t-il lieu de noter que la Cour européenne ne répond pas à l'argument de la requérante selon lequel il n'a nullement été démontré qu'en portant le voile elle a causé un dérangement, une perturbation ou une menace à l'ordre public.

¹³¹⁸ Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, voy. p. 323.

sexuel, constituait, effectivement, une *discrimination* fondée sur le sexe (voy. notamment arrêt *Gebser v. Lago Vista Independent School District*¹³¹⁹).

4) Synthèse

Une analyse comparatiste ne pourra jamais éviter qu'un même comportement puisse être considéré, ici et non là, comme harcèlement sexuel, ou que l'interdiction du port du voile ou de tout autre signe religieux, soit jugé discriminatoire dans une partie du monde et non dans une autre. Mais dans la mesure où le législateur communautaire a affirmé que le droit à la non-discrimination est un « droit universel »¹³²⁰, et en tout cas une valeur commune à l'ensemble des sociétés occidentales, la solution donnée ici, quelle qu'elle soit, ne devrait pouvoir être adoptée qu'après avoir pris en considération celle donnée là. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'une législation est adoptée pour donner effet à un traité ou une convention internationale. Dans un tel cas, les juridictions australiennes (arrêt *X v. The Commonwealth*), mais même la Cour suprême US (*Olympic Airways v. Husain*, opinion du juge Scalia), considèrent qu'un poids considérable doit être donné à l'interprétation donnée du même traité par les juridictions des autres pays contractants. La question risque de se poser dans quelques années à la Cour de justice si la Convention de l'ONU sur la protection des droits des personnes handicapées (actuellement en cours de négociation) est adoptée.

Section 2 – De l'égalité à l'équité

En droit communautaire, il résulte d'une jurisprudence constante que le principe d'égalité est un principe supérieur de droit. Les interdictions de discriminations, fondées sur différents motifs spécifiques, n'en constituent que des expressions particulières. La relation entre le principe, général, d'égalité et les principes, spécifiques, de non-discrimination est toutefois assez trouble (§ 1) au point que, parfois, on peut se demander si la Cour ne statue pas plus en équité que sur base d'une application du principe d'égalité (§ 2). Une analyse comparatiste montre cependant que cette tentation n'est pas propre à la seule Cour (ou au Tribunal).

§ 1 – Egalité et non-discrimination, une relation ambiguë

Selon S. Robin-Olivier, les deux termes sont interchangeables¹³²¹. G. Davies¹³²² arrive à la même conclusion. De même, pour S. Besson par exemple¹³²³, l'égalité de traitement entre particuliers

¹³¹⁹ Cas d'un enseignant ayant eu des relations sexuelles consentantes avec une de ses élèves. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 329.

¹³²⁰ Voy. les considérants (3), (4) et (2) respectivement des directives 2000/43, 2000/78 et 2002/73.

¹³²¹ Dans sa thèse de doctorat (p. 19), elle déclare que l'emploi de l'un ou l'autre terme n'emporte aucune conséquence juridique.

constitue l'aspect positif d'une règle dont la face négative est le principe de non-discrimination. La violation du premier entraîne celle du second, puisque interdire de discriminer revient à obliger à traiter de manière égale, de sorte que les deux concepts sont substituables. O.M. Anardottir¹³²⁴ arrive à la même conclusion et estime qu'égalité et non-discrimination sont les deux faces, positive et négative, d'un même principe, reconnaissant seulement que s'il existe une différence entre les deux concepts, c'est, peut-être, au niveau du degré d'obligation positive incombant aux Etats. A l'inverse, R. Hernu articule toute sa thèse de doctorat sur la distinction existant entre ces deux notions¹³²⁵ et, s'opposant explicitement à la conclusion de S. Robin-Olivier, estime que le lien établi par la Cour entre ces deux notions ne confirme pas qu'elle les utilise de manière alternative¹³²⁶.

Ces deux points de vue paraissent exacts, en partie. Une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal montre que ceux-ci n'ont jamais entendu distinguer les deux concepts¹³²⁷. Sur le plan théorique, ceux-ci sont pourtant distincts. Comme le souligne R. Hernu (p. 57), le principe d'égalité véhicule une interdiction *générale* de discrimination, dont l'application ne saurait être limitée par une énumération de critères d'appréciation interdits, et permet donc de s'affranchir des limites qui résultent de l'inscription, dans le corps du traité, d'interdictions spéciales de discrimination. L'existence de cette distinction théorique ne devrait-elle pas inciter, en pratique, tant la Cour que le Tribunal, à adopter une attitude légèrement différente lorsqu'ils sont confrontés à l'un ou à l'autre ? Lorsqu'ils doivent appliquer une disposition dans laquelle le législateur a inséré une interdiction explicite de discrimination fondée sur un motif particulier, ils devraient n'accepter qu'après un examen rigoureux les arguments présentés pour justifier les différences de traitement opérées sur ce motif¹³²⁸. En revanche, lorsqu'il entendent interdire une différence de traitement fondée sur un grief non prévu de discrimination, leur déférence à l'égard du choix législatif ne devrait-elle pas

¹³²² *Nationality Discrimination in the European internal market*, Kluwer, 2003, p. 13: « to discriminate is to violate the principle of equality ».

¹³²³ « L'égalité de traitement entre particuliers en droit communautaire – les fondements », *L'eupéanisation du droit privé – vers un code civil européen ?*, Ed. univ. Fribourg, 1998, pp. 51 et 53.

¹³²⁴ P. 8.

¹³²⁵ « Egalité et non-discrimination sont des notions distinctes dès lors que le juge les utilise séparément en les plaçant dans deux univers différents du travail juridictionnel » (p. 18).

¹³²⁶ P. 20. Il ajoute (p. 246) que s'ils se recouvrent largement, ces deux concepts ne se superposent pas absolument.

¹³²⁷ La Cour a encore affirmé, en 2005 dans l'arrêt *Europe Chemi-Con c. Conseil et Commission* (point 33), que non-discrimination et égalité sont les deux désignations d'un même principe, et dans sa jurisprudence sur le contentieux de la fonction publique, le Tribunal parle, indifféremment, du principe de non-discrimination et d'égalité, des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ou du principe d'égalité ou de non-discrimination.

¹³²⁸ En tenant compte en outre de la place de ce motif de non-discrimination dans la hiérarchie des motifs prohibés ; voy. ci-dessous.

les inciter à plus de retenue et à ne pas substituer leur propre subjectivité à celle du législateur au terme seulement d'un raisonnement classique de non-discrimination ?¹³²⁹

Corrélativement, la distinction théorique entre les deux principes ne devrait-elle pas aussi signifier que lorsqu'elle constate que la différence de traitement ne repose pas sur le motif particulier de non-discrimination inséré dans la disposition qu'elle a à interpréter, et n'est donc pas discriminatoire, la Cour devrait poursuivre son examen et s'assurer que cette différence de traitement ne viole néanmoins pas le principe d'égalité. En ne pratiquant pas cet examen complémentaire, la Cour n'amoindrit-elle pas la force de l'affirmation, constante, selon laquelle toute disposition du droit communautaire doit être interprétée à la lumière du principe d'égalité ? Ainsi, l'absence, avant le traité d'Amsterdam, d'une disposition consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle n'aurait pas dû empêcher la Cour, dans l'affaire *Grant*, d'examiner, au titre du principe d'égalité, si, bien que ne relevant pas de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, le refus d'octroi de réductions tarifaires dans les transports au partenaire homosexuel d'un travailleur, ne viole pas le principe d'égalité¹³³⁰.

L'ambiguïté de la relation entre ces deux notions risque de s'aggraver après l'entrée en vigueur de la Constitution. Celle-ci incorpore, pour la première fois, un réel principe d'égalité devant la loi (article II-80), mais assortit celui-ci d'une interdiction de toute une série, indifférenciée, de griefs spécifiques de discrimination (article II-81), tout en laissant en outre subsister les dispositions actuelles des traités.

Pareille ambiguïté entre égalité et non-discrimination semble être assez spécifique à l'ordre juridique communautaire.

En Australie, la High Court a expressément affirmé que la Constitution du Commonwealth ne contient pas, même implicitement, de principe général d'égalité devant la loi¹³³¹. La question de la relation entre les différents griefs de discrimination prohibés par des législations fédérales spécifiques et un tel principe ne se pose donc pas.

¹³²⁹ Or, dans le contentieux de la fonction publique, le Tribunal applique un raisonnement identique pour condamner des différences de traitement fondées sur des motifs expressément interdits par le législateur et celles reposant sur n'importe quel autre motif.

¹³³⁰ Mais même dans l'application du principe d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, comment concilier l'affirmation de la Cour selon laquelle le principe d'égalité entre les sexes est un principe fondamental (arrêt *Defrenne III*) et la déclaration que ce principe ne peut s'appliquer que lorsqu'il a été concrètement mis en œuvre par le législateur dans une interdiction spécifique de non-discrimination (arrêt *Defrenne I*) ?

¹³³¹ Arrêt *Leeth v. Commonwealth*. La High Court jugea dans cette affaire que la Constitution du Commonwealth ne s'oppose pas à une disposition d'une législation fédérale laissant à chaque état ou territoire australien la liberté de fixer, pour une même infraction fédérale, la durée minimale avant qu'une libération anticipée puisse être accordée aux prisonniers y purgeant leur peine.

Aux Etats-Unis, si les deux principes coexistent, leur relation est, globalement, bien définie. Le 14^e Amendement à la Constitution fédérale contient un vrai principe d'égalité devant la loi. Ce principe permet donc de sanctionner toute différence de traitement, quel que soit le motif fondant celle-ci. Mais il a un champ d'application défini : il s'applique à l'action du gouvernement fédéral¹³³², y compris en sa qualité d'employeur, et des états américains. En revanche, il ne produit pas ce qu'en droit communautaire on appellerait un effet direct horizontal. En d'autres termes, il ne s'applique notamment pas dans les relations entre travailleurs et employeurs. A l'inverse, la législation fédérale (*Civil Rights Act 1964*) ne connaît qu'un principe de non-discrimination, et ne couvre qu'un nombre limité de griefs - race, sexe, religion, origine nationale - auxquels des législations spécifiques (ADEA et ADA) ont ajouté l'âge et le handicap. Cette interdiction fédérale de discrimination vise avant tout les relations entre particuliers.

Mais la Cour suprême US a déterminé que le raisonnement juridique pouvant mener au constat d'une violation du principe d'égalité, inscrit dans le 14^e Amendement à la Constitution, n'est pas le même que celui utilisé pour vérifier l'existence d'une discrimination interdite par une législation fédérale. Par exemple, le constat d'une discrimination indirecte requiert la preuve d'une intention discriminatoire dans le cadre du 14^e Amendement (arrêt *Washington v. Davis*)¹³³³, une telle intention n'étant pas pertinente dans le contexte du Titre VII (arrêt *Griggs v. Duke Power*)¹³³⁴. De même, l'examen de la compatibilité avec le Titre VII des actions positives volontaires poursuivies par des entreprises se fait sur base de règles qui ne sont pas exactement celles auxquelles sont soumises les actions positives adoptées par le gouvernement fédéral ou des états dans le contexte du 14^e Amendement¹³³⁵. Egalité et non-discrimination sont donc bien des concepts distincts ayant un champ d'application, une portée et un contenu différents et dont l'application pratique est régie par des règles qui, sur certains points cruciaux, diffèrent sensiblement.

La situation au Canada et dans la CEDH se situe entre ces deux extrêmes. L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés semble instituer un véritable principe d'égalité, – *la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous* –, mais prévoit néanmoins que cette même

¹³³² Par le biais de la *due process clause* du 5^e Amendement.

¹³³³ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 303.

¹³³⁴ Même si la jurisprudence de la « Cour Rehnquist » a singulièrement alourdi la charge de la preuve du requérant se plaignant du *systemic disparate impact* d'une mesure adoptée par une entreprise. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 343.

¹³³⁵ La Cour suprême US se montre plus souple à l'égard des discriminations résultant d'*affirmative actions* adoptées volontairement par les entreprises que vis-à-vis de celles dérivant de programmes mis en œuvre par les autorités publiques. A l'inverse de sa jurisprudence relative aux *affirmative actions* dans le cadre du 14^e Amendement (arrêt *Adarand*, pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 310), la Cour suprême US jugea dans l'arrêt *Johnson* (programme volontaire d'affirmative action en ce qui concerne le recrutement et la promotion des femmes adopté sur une base volontaire par une entreprise californienne de transport public ; pour une analyse détaillée, voy. p. 350) qu'une mesure d'affirmative action ne doit pas être justifiée par un objectif gouvernemental impératif.

protection de la loi doit être indépendante de toute *discrimination*, fondée notamment sur certains motifs. La Cour suprême a d'ailleurs confirmé que le principe d'égalité est violé dès lors qu'est constatée une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue (arrêt *Vriend c. Alberta*). Toute différence de traitement, opérée par une entité publique - la Charte ne régissant pas les relations entre particuliers - n'est donc pas susceptible d'aboutir à une violation du principe d'égalité. Seules celles qui sont fondées sur un motif jugé analogue seront examinées (arrêt *Sauvé* – droit de vote refusé aux prisonniers)¹³³⁶.

La situation existant dans la CEDH est quelque peu similaire. L'article 14, qui n'a pas non plus un effet direct horizontal¹³³⁷, n'interdit certes que les discriminations, mais le caractère explicitement non exhaustif de la liste des motifs de discrimination prohibés a toujours permis à la Cour européenne d'examiner n'importe quel motif fondant la différence de traitement¹³³⁸ (arrêt *Engel*), parfois d'ailleurs sans identifier précisément le critère de différenciation. Une limitation importante provient toutefois de ce que l'interdiction des discriminations ne vaut que dans le champ d'application matériel, forcément limité, de la CEDH. En revanche, le Protocole n° 12 à la CEDH instaure un véritable principe d'égalité devant la loi, rendant superflue l'interdiction de discrimination de l'article 14 de la Convention.

Si l'on compare les différents ordres juridiques, et les jurisprudences de leurs cours suprêmes, l'attitude de la Cour et du Tribunal paraît la plus ambiguë dans leur relation avec ces deux principes et dans celle qu'ils établissent entre ceux-ci. Le manque de précision sur leur rôle respectif n'est pas sans

¹³³⁶ Mais la Cour suprême du Canada jugea néanmoins que le refus d'octroi du droit de vote aux prisonniers est contraire à une autre disposition de la Charte. *Comp.* l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, dans laquelle la Cour européenne conclut, à propos d'un prisonnier britannique que la législation interdisait de voter aux élections législatives et locales, à une violation de l'article 3 du Protocole n° 1 (droit de vote), et, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle d'une discrimination éventuelle. Sur cet arrêt, voy. S. Foster, « Prisoners and the Right to Vote – The Decision in *Hirst v. United Kingdom* (n° 2) », *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 359. (renvoi à *gde chambre* le 23.11.04) Aux Etats-Unis, les prisonniers, de même que les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation – soit près de 4,7 millions de personnes – sont légalement privés du droit de vote par le *Voting Rights Act*. Jusqu'à présent, la Cour suprême US a refusé d'examiner si cette privation du droit de vote crée une discrimination raciale, dans la mesure où les membres de minorités ethniques sont disproportionnellement désavantagés par cette interdiction ; *High Court Won't Consider Felon Voting Case*, *Washington Post*, éd. électronique du 8 novembre 2004.

¹³³⁷ En toute hypothèse, la Cour européenne n'a jamais consacré un tel effet direct horizontal, même si, de façon assez exceptionnelle, elle adopte un raisonnement dont le résultat peut être interprété comme conférant un effet direct horizontal à l'article 14. Ainsi, dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, elle conclut à la violation de cette disposition dans le cas d'un litige en matière successorale entre personnes privées (testatrice ayant exclu un petit-fils *adoptif* de sa succession) alors même que la législation (andorrane) ne contenait elle-même aucune disposition discriminatoire. Un tel effet horizontal est par ailleurs formellement exclu en ce qui concerne l'interdiction générale des discriminations édictée par l'article premier du nouveau Protocole n° 12, lequel dispose que « nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une *autorité publique* ».

¹³³⁸ Voy., parmi d'autres, l'arrêt *Sidabras*, dans lequel le critère de différenciation dénoncé était le fait d'avoir travaillé auparavant pour le KGB. Il n'en demeure pas moins que parfois la Cour européenne affirme que l'article 14 ne concerne pas toutes les différences de traitement, mais seulement celles ayant pour base ou pour

conséquences. Cette ambiguïté a permis à la Cour et au Tribunal de développer une approche casuistique très subjective. En complétant l'affirmation du principe d'égalité en droit par une interdiction indifférenciée de discriminations spécifiques, le Constituant ajoute à la confusion. Paradoxalement, cette confusion obligera, peut-être, la Cour et le Tribunal à dissiper les ambiguïtés de la relation entre ces deux notions.

Certains arrêts de la Cour laissent même planer un voile d'ambiguïté sur la nature du principe général d'égalité. Ainsi, dans l'arrêt *Kik* de 2003, était en cause une violation du principe d'égalité due à l'existence d'une différence de traitement, fondée sur la langue, dans le régime linguistique en vigueur devant l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur. La Cour conclut d'abord à l'absence d'un principe général d'égalité des langues¹³³⁹. La prémisse sur laquelle la Cour appuie son raisonnement est étonnante, puisqu'elle semble nier l'existence d'un principe d'égalité, lorsque la plainte porte sur l'existence d'une différence de traitement en fonction de la langue. Il semblerait que cette affirmation confonde l'existence du principe d'égalité et le fait qu'il ne soit pas violé, dans les circonstances de l'espèce, lorsque la différence de traitement est fondée sur le régime linguistique. D'ailleurs, le reste de son raisonnement confirme ce point de vue. Après une analyse détaillée, elle conclut que le régime linguistique de l'Office « est le résultat d'une recherche difficile de l'équilibre nécessaire entre les intérêts des opérateurs économiques et ceux de la collectivité pour ce qui concerne les coûts des procédures » (point 92) et que « même si le Conseil a opéré un traitement différencié des langues officielles, le choix de ce dernier, limité aux langues dont la connaissance est la plus répandue dans la Communauté européenne, est approprié et proportionné » (point 94). Cette argumentation montre bien qu'elle procède à une vérification¹³⁴⁰ de la violation du principe, unique, d'égalité, en analysant si la différence de traitement, fondée sur la langue, poursuit un objectif légitime par le biais d'un moyen approprié et nécessaire. Or, prise à la lettre, la prémisse à la base de son raisonnement détaillé aurait dû rendre cette argumentation superflue, puisque ne saurait être constatée la violation d'un principe dont l'existence aurait d'abord été niée !

L'ambiguïté de la relation entre égalité et non-discrimination a notamment eu pour conséquence de permettre tant à la Cour qu'au Tribunal de s'affranchir des limites des différentes interdictions de discrimination pour statuer, dans des pans entiers de leur jurisprudence, *en équité*.

§ 2 – Égalité, non-discrimination et équité, une relation inavouée

motif une caractéristique personnelle par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres (arrêt *Kjeldsen*, para. 56).

¹³³⁹ « Il y a lieu de vérifier si ce régime viole un prétendu principe d'égalité des langues » (point 81).

¹³⁴⁰ N.N. Shuibhne, dans ses commentaires de cet arrêt, *CMLRev*, 2004, pp. 1093 et 1105, estime à cet égard que la Cour de justice ne se livre qu'à un contrôle très minimal de l'existence d'une discrimination.

« Sans l'équité, le droit n'est pas le droit », affirmait Cicéron¹³⁴¹. Et selon Aristote, « *l'équitable tout en étant juste, n'est pas le juste légal, le juste suivant la loi ; mais il est une heureuse rectification de la justice rigoureusement légale (...). L'équité permet de corriger les désavantages anormaux résultant de l'application de la règle* »¹³⁴².

Dans la mesure où la Cour n'applique pas, sauf dans le domaine de la PAC, concrètement le principe d'égalité, mais seulement ses expressions spécifiques de non-discrimination, les règles d'application particulières, matérielles ou personnelles, de celles-ci l'empêchent parfois d'arriver à la solution à laquelle elle souhaiterait manifestement aboutir. Dans ces cas-là, il arrive qu'elle fasse une application juridiquement contestable, à tout le moins, du principe de non-discrimination, pour arriver à la solution qui lui paraît la plus équitable. Sa jurisprudence sur la citoyenneté en constitue un exemple presque caricatural.

L'article 17 du traité dispose que « *les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité* ». Article préambule de la deuxième partie du traité, intitulée « La citoyenneté de l'Union », cette disposition est restée sans réelle valeur¹³⁴³ jusqu'à l'arrêt *Martinez Sala*. Mme Martinez Sala est une ressortissante espagnole séjournant en Allemagne, non pas au titre d'une quelconque disposition du droit communautaire, mais sur base du seul droit national. Elle sollicite dans cet Etat membre une allocation d'éducation pour son enfant, notamment au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 1612/68, lequel met en œuvre, de manière spécifique, le principe d'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'octroi d'avantages sociaux. Il ne concerne cependant que les seuls *travailleurs*. Si l'avantage revendiqué rentrait bien, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le champ d'application *matériel* de cette disposition, l'intéressée ne relevait pas, de manière tout aussi évidente, de son champ d'application *personnel*. Elle ne pouvait revendiquer le statut de travailleur ni même aucun autre statut de droit communautaire conféré par une disposition du traité ou du droit dérivé. Son seul lien de rattachement avec le droit communautaire était sa nationalité, et donc sa citoyenneté de l'Union.

Si un principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, comparable à celui du 14^e Amendement à la Constitution américaine, était applicable dans le traité, la Cour aurait facilement pu aboutir à la conclusion que la différence de traitement subie par Mme Martinez Sala, et reposant sur sa seule nationalité, était, sauf justification objective, contraire à un tel principe d'égalité. Toutefois, la Cour

¹³⁴¹ *De Officiis*, 2, 12, 42.

¹³⁴² *Ethique à Nicomaque*, Livre V, livre de poche, 1992, p. 230.

¹³⁴³ G. Rodríguez Iglesias, (p. 1116), président de la Cour de justice de 1995 à 2004, et principal artisan de la jurisprudence audacieuse sur les droits des citoyens, a reconnu que pour beaucoup le concept de *citoyenneté* inscrit dans cette disposition, ne constituait originellement qu'une « rhétorique creuse ». Voy. également dans le même sens, C. Timmermans, p. 196, et les auteurs cités.

raisonne « comme si » l'article 17 du traité avait institué un tel principe¹³⁴⁴. Elle conclut que dans la mesure où l'avantage en cause tombe dans le champ d'application matériel du règlement 1612/68, l'article 17 du traité, combiné au principe général de non-discrimination fondée sur la nationalité de l'article 12, lui assure un droit à l'égalité de traitement dans l'octroi de cet avantage, peu importe qu'elle ne relève pas du champ d'application personnel de ce règlement¹³⁴⁵.

Un tel « raisonnement » ne peut emporter l'adhésion¹³⁴⁶. Si l'article 17 posait un principe, constitutionnel, d'égalité, un tel principe ne pourrait être supprimé, discrétionnairement, par le législateur communautaire. Or, tel semble pourtant être le cas. L'arrêt *Grzelczyk* a montré que, dès lors que le législateur communautaire, en fixant les conditions et modalités du droit de séjour d'une catégorie particulière de citoyens de l'Union, en l'occurrence les étudiants, a expressément exclu ceux-ci de l'octroi d'un avantage spécifique, telle une bourse d'entretien, une telle exclusion législative - laquelle pourrait être postérieure à un arrêt de la Cour en vue de limiter les effets de celui-ci - paralyse le droit *constitutionnel* à l'égalité prêté par la Cour à l'article 17 du traité ! C. Timmermans¹³⁴⁷, juge à la Cour de justice, semble contester ce droit au législateur. Il argue qu'en conditionnant l'exercice du droit à la libre circulation du citoyen de l'Union, le législateur aurait l'obligation de respecter « l'essence de ce droit » et serait seulement admis à restreindre cet exercice si cela peut être justifié par la nécessité de protéger un intérêt général légitime, et pour autant que soit respecté le principe de proportionnalité.

Pris littéralement, ce point de vue ne peut qu'être approuvé. Lorsque existe un principe constitutionnel, clairement établi, de non-discrimination, tel celui inscrit à l'article 39 du traité (libre circulation des travailleurs), il va de soi qu'en mettant en œuvre ce principe, le législateur ne peut, en aucune façon, restreindre le droit constitutionnellement garanti, ce que la Cour a confirmé à plusieurs reprises. Ainsi, dès 1976 dans l'arrêt *Royer* (point 27), elle rappelait que le règlement 1612/68 ne crée pas de droits nouveaux, mais précise le champ d'application de l'article 39 et les modalités d'application du droit qu'il confère. Le problème, c'est que ni l'article 17 – instituant la citoyenneté de l'Union – ni l'article 18 – constitutionnalisant le droit à la libre circulation des citoyens – ne

¹³⁴⁴ Dans ses conclusions dans l'affaire *Carbonati Apuani*, concernant une taxe d'effet équivalent, l'avocat général Poiras Maduro a suggéré à la Cour de reconnaître au principe de non-discrimination une « existence indépendante et de lui conférer une portée autonome » (point 68) et d'utiliser ce principe pour sanctionner une entrave à la circulation à l'intérieur d'un Etat membre autrement que par une « extension » de l'interdiction de taxe d'effet équivalent édictée par l'article 23 du traité – à laquelle la Cour a procédé dans l'arrêt *Lancry* – à ce qu'il qualifie de « situation interne ». La Cour a refusé de suivre ce raisonnement.

¹³⁴⁵ Comme le note C. Tomuschat dans son commentaire de cet arrêt, *CMLRev*, 2000, p. 449, cette sorte « d'égalité radicale » (p. 459) ne reflète pas les intentions des auteurs du traité de Maastricht, lequel a inséré l'article 17 dans le traité CE(E) (p. 459). C. Timmermans, « Lifting the Veil ... », p. 196, juge à la Cour de justice, reconnaît que la simplicité de la position de la Cour de justice est attractive, mais en même temps son point faible, car elle est à tout le moins discutable.

¹³⁴⁶ Il est pourtant dorénavant constant dans la jurisprudence de la Cour.

¹³⁴⁷ « Lifting the Veil ... », p. 203.

contiennent un tel principe général de non-discrimination. Au contraire, cette dernière disposition précise expressément que le droit à la libre circulation des citoyens s'exerce *sous réserve* des limitations et conditions posées par le droit dérivé. En outre, ainsi que C. Timmermans l'admet dans le même article (p. 196), le raisonnement ayant fondé l'affirmation de l'arrêt *Martinez Sala* est lui-même discutable.

Le raisonnement *en équité* de la Cour aboutit donc paradoxalement à privilégier un citoyen de l'Union auquel le législateur communautaire n'a pas voulu conférer un droit de séjour prolongé, par rapport à un citoyen de l'Union auquel un tel droit a été reconnu, mais entouré de conditions. Quel que soit l'angle sous lequel on l'analyse, le raisonnement de la Cour paraît donc très artificiel¹³⁴⁸.

Lorsque, dans le domaine du contentieux de la fonction publique, par exemple dans l'affaire C¹³⁴⁹, le Tribunal applique aussi un principe d'égalité, non expressément consacré par le Statut des fonctionnaires, il est difficile de ne pas y voir également un raisonnement en équité. Dès lors que le Statut ne consacre qu'une interdiction de motifs spécifiques de non-discrimination, mais que le Tribunal ne s'estime pas tenu par cette liste, et entend appliquer un principe d'égalité devant la loi, le raisonnement juridique qu'il tient dans ce cas peut-il être identique à celui qu'il appliquerait face à un motif spécifique de non-discrimination ? En d'autres termes, le Tribunal peut-il traiter de manière identique, avec la même rigueur, les différences de traitement reposant sur un motif expressément prohibé et celles fondées sur n'importe quel autre motif non prévu ? En adoptant une seule et même attitude dans les deux cas, le Tribunal se réserve finalement une marge de manœuvre discrétionnaire exorbitante lui permettant d'atteindre un résultat qui n'est peut-être pas le « juste légal », mais qui lui semble, subjectivement, être le « juste équitable ». Il statue donc aussi en équité. Ce faisant, il risque toutefois de s'arroger des pouvoirs qui sont ceux du législateur. Comme le note C. Barnard¹³⁵⁰, c'est le

¹³⁴⁸ C'est dans de tels arrêts que la possibilité pour les juges de rédiger des opinions concordantes ou dissidentes serait particulièrement la bienvenue. Il faut également noter que les contorsions auxquelles elle se livra par la suite pour dénier pareil droit à l'égalité de traitement à un chercheur d'emploi (arrêt *Collins*), pour refuser d'examiner la question - bien que tant la Commission que son avocat général l'y ait invitée - dans le cas de la ressortissante d'un autre Etat membre, épouse d'un national (arrêt *Ninni-Orasche*) ou dans celui d'un national ayant exercé son droit à la libre circulation (arrêt *Baldinger*), pour la refuser, dans un premier temps, à un citoyen de l'Union ne disposant pas d'une carte de séjour dans l'Etat membre d'accueil, mais considérer, dans un second temps, que dans la mesure où une carte de séjour lui a ultérieurement été délivrée, bien qu'il ne remplisse pas les conditions posées à cette délivrance par le droit communautaire, il doit néanmoins en bénéficier, raisonnement adopté après avoir interprété restrictivement la notion de travailleur (arrêt *Trojani*), et pour l'accorder à un étudiant, bien que la directive 93/96 le lui refuse expressément (bourse d'entretien), au prétexte que cet étudiant réside déjà en qualité de citoyen dans l'Etat membre en cause (arrêt *Bidar*) renforcent le sentiment d'une approche casuistique purement discrétionnaire.

¹³⁴⁹ La plaignante, enfant d'une fonctionnaire de la Commission, réclamait le bénéfice d'une disposition du Statut accordant une pension d'orphelin, en invoquant le fait qu'en soumettant son application à la condition que le parent décédé devait être le *conjoint* du fonctionnaire, elle était illégale, car elle violerait le principe d'égalité de traitement. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 172.

¹³⁵⁰ «The principle of equality in the Community context: P, Grant, Kalanke and Marshall: four uneasy bedfellows ? », *Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 et 364.

législateur, et non le Tribunal ou la Cour, qui a pris la décision politique d'identifier quelles classifications doivent être considérées « suspectes ».

Mais cette *tentation de l'équité* touche aussi les autres cours suprêmes. Si cette *tentation* peut, en droit communautaire, être notamment reliée à l'absence d'une mise en œuvre concrète d'un principe d'égalité et à l'ambiguïté de la relation entre ce principe et ses expressions spécifiques d'interdiction des discriminations fondées sur certains griefs, celle qui se manifeste parfois dans la jurisprudence des autres cours suprêmes repose également sur d'autres raisons.

La Cour européenne a toujours conçu la CEDH comme un instrument *subsidaire* de la protection des droits de l'homme. Elle a, de même, toujours affirmé qu'il ne lui revient pas de substituer son appréciation à celle des autorités nationales en ce qui concerne les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat concerné. La Cour européenne ne s'autorise à sanctionner que les seules utilisations arbitraires de la marge de manœuvre qui leur est ainsi laissée. Ces principes cardinaux, régissant l'interprétation de l'article 14 de la CEDH par la Cour européenne, font donc de l'appréciation subjective, du législateur d'abord, de la Cour européenne ensuite, l'axe autour duquel tourne l'analyse de l'interdiction des discriminations édictée par cette disposition. La tentation de l'équité découle donc, dans ce contexte, de la manière même dont est conçu et appliqué le principe de non-discrimination. Sa jurisprudence sur les « considérations très fortes » pouvant seules justifier des discriminations fondées sur certains motifs illustre ce constat¹³⁵¹. Bien qu'ayant, à l'instar de la Cour suprême US, identifié différents facteurs de distinction – sexe, nationalité, religion, ... - ne pouvant être compatibles avec la CEDH que lorsqu'ils sont motivés par des considérations très fortes, la Cour européenne s'est néanmoins parfois abstenue d'appliquer sa propre jurisprudence, laquelle l'aurait vraisemblablement conduite à une solution inverse de celle à laquelle elle voulait aboutir.

Ainsi, s'agissant du sexe, elle affirma, dans l'affaire *Abdulaziz*, que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe* », et conclut dès lors que la législation britannique en matière d'immigration, laquelle permettait plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation, d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays à demeure, viole l'article 14, combiné à l'article 8, de la CEDH. En revanche, dans l'arrêt *Petrovic*, elle estima que la législation autrichienne, applicable à l'époque des faits, ne prévoyant l'octroi d'une allocation de congé parental qu'à la seule mère, était justifiée au seul motif que « *la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants* » peut constituer une telle considération très forte. Une telle affirmation oblige à

s'interroger sur la valeur réelle de la notion de « considération très forte », la motivation de la Cour européenne perpétuant par ailleurs, comme le relèvent les juges Bernhardt et Spielmann dans leur opinion dissidente, une vision traditionnelle¹³⁵² des responsabilités familiales entre pères et mères.

Le raisonnement tenu dans l'arrêt *Asnar* est peut-être encore plus troublant. Dans cette affaire, l'intéressé arguait que la législation française, permettant aux enseignants de prendre leur retraite après quinze ans de service effectif, crée une discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où elle ne permet pas la prise en compte de la période de service militaire. La Cour européenne ne fait même plus allusion à la circonstance que seules des considérations très fortes sont susceptibles de justifier une discrimination fondée sur le sexe, mais affirme que la comptabilisation du temps *effectivement accompli* dans la fonction publique constitue, en elle-même, une « justification objective et raisonnable » (para. 28). Or, c'est précisément ce qui était reproché par le plaignant. En utilisant ce même critère comme justification de la différence de traitement, la Cour européenne rend impossible le constat d'une discrimination. En outre, sa conclusion n'est pas nécessairement compatible avec celle de la Cour de justice dans l'arrêt *Schnorbus*, dans lequel cette dernière a précisément affirmé que l'octroi d'un avantage, en termes de carrière, aux hommes ayant accompli leurs obligations militaires contribue à compenser les effets du retard de carrière subi, ... et permet dès lors de respecter le principe d'égalité. Les arrêts *Petrovic* et *Asnar* semblent en tout cas illustrer la réticence de la Cour européenne à conclure à l'existence d'une discrimination, lorsque celle-ci est opérée au détriment des *hommes*¹³⁵³.

Son approche en équité, et tout aussi casuistique que celle de la Cour de justice, est encore plus frappante s'agissant des distinctions fondées sur la *religion*. Alors que dans son arrêt *Hoffmann*, elle avait affirmé que « *nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* », elle jugera, quelque temps plus tard dans l'arrêt *Cha'are*¹³⁵⁴, que la différence de traitement n'est que de faible portée et est donc acceptable.

¹³⁵¹ Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voy. p. 245 et suivantes.

¹³⁵² Rétrograde ?

¹³⁵³ O.M. Arnadottir, p. 144, laquelle parle à cet égard d'une approche « asymétrique » (p. 167). T. Loenen, « Rethinking Sex Equality as a Human Right », *12 Netherlands Quarterly of Human Rights*, (1994), pp. 253 et 269, approuve pareille asymétrie au motif que les femmes étant traditionnellement désavantagées, seules des considérations très fortes pourraient effectivement justifier les discriminations dont elles souffrent, alors qu'un test de justification plus souple serait suffisant lorsque ce sont les hommes qui souffrent d'une discrimination. Les arrêts *Petrovic* et *Asnar* semblent confirmer cette approche asymétrique, laquelle ne trouve toutefois aucun appui théorique dans la jurisprudence de la Cour européenne. Il peut également être noté que pareille asymétrie ne se retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour de justice (arrêts *Schorbus* et *Griesmar*, par exemple) ni dans celle de la Cour suprême US (arrêt *Mississippi University for Women v. Hogan*, p. 724).

¹³⁵⁴ Dans laquelle l'association requérante reprochait aux autorités françaises le refus de délivrance de l'agrément nécessaire pour pouvoir procéder à l'abattage rituel exigé par la religion juive, agrément délivré seulement à une autre association dont l'association requérante s'était scindée.

Par ailleurs, sa *tentation d'équité* transparaît également parfois dans son appréciation extensive du champ d'application matériel de certaines dispositions de la CEDH - par exemple, lorsqu'elle conclut qu'une mesure interdisant aux personnes ayant travaillé pour le KGB de postuler à un emploi dans le secteur privé, est de nature à affecter leur vie privée - pour pouvoir conclure au caractère discriminatoire de la mesure litigieuse (arrêt *Sidabras*).

C'est parce que le constat d'une discrimination repose plus encore sur des appréciations purement subjectives que des jugements rendus *en équité* parsèment la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Dès lors que son analyse est centrée sur l'existence, ou l'absence, d'une « atteinte à la dignité humaine », et qu'elle adopte le raisonnement que tiendrait « une personne raisonnable » - même lorsqu'elle doit examiner la plainte d'une personne atteinte d'une déficience mentale (arrêt *Winko*)¹³⁵⁵ -, elle ne semble pas pouvoir échapper à la critique qu'elle statue plus en équité qu'en droit. M.T. Meulders-Klein¹³⁵⁶ a écrit, à juste titre, que l'on peut parler à son égard d'une approche infiniment subjective, fondée sur les sentiments des juges. Comme le soulignent I. Grant et J. Mosoff¹³⁵⁷, le concept de « dignité » paraît être un terme simple, mais est en réalité beaucoup trop vague lorsqu'on veut l'appliquer à des situations concrètes. Son approche est d'ailleurs parfois presque caricaturale.

Dans l'arrêt *Andrews*, de 1989, dans lequel elle a élaboré son raisonnement d'interprétation de la clause de non-discrimination insérée à l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés¹³⁵⁸, la Cour suprême du Canada jugea que les étrangers, interdits d'accès au barreau de la province de Colombie-Britannique, constituaient un « groupe défavorisé », sur le plan social et/ou politique et/ou juridique, et étaient dès lors victimes d'une discrimination fondée sur la nationalité, laquelle était non justifiée, au titre de l'article premier de la Charte, par un objectif légitime dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En effet, l'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. En revanche, treize ans plus tard, dans l'arrêt *Lavoie*¹³⁵⁹, confrontée à une question fort similaire, mais concernant cette fois l'accès préférentiel des citoyens canadiens aux emplois dans la fonction publique, elle conclut certes d'abord, pour le même motif que dans *Andrews*, à l'existence d'une discrimination¹³⁶⁰, mais estime celle-ci justifiée par l'article premier, car « *une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. Pour le premier objectif, le choix du*

¹³⁵⁵ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 393.

¹³⁵⁶ P. 1201.

¹³⁵⁷ P. 213.

¹³⁵⁸ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 361.

¹³⁵⁹ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 399.

législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel en l'espèce. Pour le deuxième objectif, il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une grande proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. On peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle ».

Ses appréciations des « limites raisonnables » d'une même discrimination sont difficilement réconciliables et obligent à s'interroger sur leur capacité de persuasion, de même que sa déférence à l'égard des choix du législateur paraît être à *géométrie variable*, sans que cette variation semble pouvoir être rattachée à un facteur objectif. En outre, comme l'a relevé la juge Arbour dans l'arrêt *Lavoie* (para. 85 et 86), comment une réglementation jugée contraire à l'article 15 de la Charte, essentiellement parce qu'elle affecte la dignité humaine des plaignants, pourrait encore être justifiable, même au titre de son article premier ?

D'autres arrêts renforcent encore plus le sentiment d'une approche purement casuistique marquée par les incohérences. Ainsi, la Cour suprême du Canada jugera que, n'ayant pas démontré la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes et d'une situation de vulnérabilité portant atteinte à leur dignité humaine, les personnes atteintes d'une invalidité totale temporaire (arrêt *Granovsky*)¹³⁶¹, les communautés autochtones constituées en bandes (arrêt *Lovelace*), les prisonniers (arrêt *Sauvé*) ou les couples non mariés (arrêt *Walsh*) ne peuvent se prétendre victimes d'une discrimination. En revanche, elle estimera, à plusieurs reprises (arrêts *McKinney*, *Stoffman* et *Tetrault-Gadoury*)¹³⁶², que les personnes âgées de plus de 65 ans sont victimes d'une discrimination, ... sans examiner s'ils peuvent établir qu'ils sont victimes de stéréotypes ou de préjugés ayant porté atteinte à leur dignité humaine, alors que, dans le même temps, elle considérera qu'une personne âgée de moins de 35 ans n'est pas victime d'une discrimination, en raison de l'absence d'une atteinte à sa dignité humaine (arrêt *Law*).

On pourrait affirmer qu'une tentation d'équité est tout aussi évidente aux États-Unis, où les champs d'application respectifs du principe d'égalité et du principe de non-discrimination sont pourtant plutôt bien délimités. Mais si, à propos de la jurisprudence de la Cour européenne, on¹³⁶³ a pu parler de *jugements d'opportunité*, on peut certainement évoquer des *arrêts idéologiques* dans le chef de la Cour suprême US. Cela est particulièrement vrai à propos des arrêts rendus sur la compatibilité, au regard

¹³⁶⁰ Car les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l'objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés dans la société canadienne.

¹³⁶¹ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 396.

¹³⁶² Pour une analyse détaillée de ces arrêts, voy. p. 371 et suivantes.

¹³⁶³ M.T. Meulders-Klein, p. 1198.

• de la clause de protection égale devant la loi du 14^e Amendement, de classifications réglementaires de nature à affecter un droit fondamental¹³⁶⁴.

Dès 1942, la Cour suprême US établit qu'une telle classification doit être soumise au *strict scrutiny review*, c'est-à-dire le test le plus strict, ce qui signifie qu'elle ne sera jugée compatible avec le 14^e Amendement que si elle répond à un objectif gouvernemental impérieux (*compelling governmental interest*), et si les moyens utilisés pour réaliser cet objectif respectent strictement le principe de proportionnalité (*narrowly tailored*). La Cour suprême US n'a toutefois jamais fourni d'indices permettant de présumer, avec un minimum de sécurité juridique, ce qui constitue, ou non, un droit fondamental, ... se réservant de la sorte une entière liberté de statuer, au cas par cas, et pas toujours de manière cohérente, en fonction de sa composition plutôt conservatrice ou libérale. L'évolution de sa jurisprudence sur le droit à l'avortement en témoigne. En 1973, elle jugea, par 7 voix contre 2, dans *Roe v. Wade*, que le droit à l'avortement constitue un tel droit fondamental et qu'une réglementation du Texas prohibant, sauf cas exceptionnel, l'avortement doit donc être soumise au *strict scrutiny test*. En 1989, elle renversa, par 5 voix contre 4, son arrêt *Roe v. Wade*, concernant une loi assez similaire du Missouri, ... mais sans dire expressément que le droit à l'avortement n'est pas un droit fondamental, bien que le Chief Justice ait, dans son opinion concordante, reproché son silence à la pluralité¹³⁶⁵ sur une question d'une « importance constitutionnelle insurpassable ». Et en 1992, dans *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*, elle confirma, par une voix d'écart, le caractère fondamental du droit à l'avortement, concernant une loi, moins draconienne, de Pennsylvanie !

Dans la jurisprudence de toutes les cours suprêmes, se retrouve donc une tension entre *égalité* et *équité*. Elle paraît inévitable dans l'étape du raisonnement portant sur la *justification* de la différence de traitement constatée et la *proportionnalité* des mesures prises pour atteindre cet objectif. Cela ne justifie toutefois pas qu'une cour, a fortiori s'il s'agit d'une cour suprême, se borne à substituer sa propre analyse subjective à celle du législateur. Or, la jurisprudence de la dernière décennie montre que la Cour de justice tend de plus en plus fréquemment à n'analyser que la seule proportionnalité des mesures adoptées par un Etat membre ou une entreprise pour décider de leur caractère discriminatoire ou non. J.Y. Carlier¹³⁶⁶ souligne avec justesse que si la souplesse du principe de proportionnalité fait sa force, son abus ou une application confuse pourrait aussi créer sa perte. Dans le même sens, O.M. Anardottir¹³⁶⁷ note, également à raison, que l'utilisation souple de ce principe renforce le caractère

¹³⁶⁴ Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voy. p. 275 et suivantes.

¹³⁶⁵ C'est-à-dire « la majorité de la majorité ». La *plurality opinion* est l'opinion à laquelle le plus grand nombre de juges, bien que ne formant pas une majorité, se joignent.

¹³⁶⁶ « La circulation des personnes dans l'Union européenne », *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, pp. 143 et 152.

¹³⁶⁷ P. 52.

casuistique de la jurisprudence et empêche de dégager des indications claires quant à ses critères d'application.

Une telle attitude soulève pourtant une question évidente : « *qui devrait décider ?* ». C'est précisément cette question que le juge Stevens de la Cour suprême US posait, à propos des mesures d'*affirmative action* : neuf juges de la Cour suprême US ou la sagesse accumulée des leaders des Etats-Unis¹³⁶⁸ ? Il ne peut être répondu de manière tranchée à cette question¹³⁶⁹. Il ne fait aucun doute que le juge ne peut laisser au seul législateur le soin de déterminer si les mesures qu'il prend sont appropriées et nécessaires pour atteindre l'objectif, par hypothèse jugé légitime, censé être poursuivi par la disposition contestée. Le fait est cependant que les juges ne devraient pas se dispenser de se poser cette question. La Cour de justice ne peut se contenter de substituer sa propre appréciation subjective à celle du législateur sans se tromper de rôle. Or, si, dans l'application des principes d'égalité et de non-discrimination, le contrôle juridictionnel du respect du principe de proportionnalité ne peut échapper à une certaine subjectivité, la Cour devrait, pour assurer la sécurité juridique et la transparence, fixer, au préalable, des règles et des limites à son contrôle.

Une première mesure de transparence devrait être la publication des opinions dissidentes des juges de la Cour de justice. Comme l'ont souligné les juges Ginsburg et O'Connor¹³⁷⁰ de la Cour suprême US, de telles opinions constituent une reconnaissance publique que des interprétations divergentes sont légitimes. Le juge Scalia ne dit pas vraiment autre chose quand il affirme, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Stenberg v. Carhart*, qu'il ne lui est pas possible d'affirmer que la majorité a tort en droit, mais que le plus qu'il puisse dire honnêtement c'est qu'il ne peut être d'accord avec son jugement politique exprimé comme disant le droit. La juge L'Heureux-Dubé, de la Cour suprême du Canada, va plus loin, en suggérant que l'opinion dissidente pourrait être la voix de l'avenir¹³⁷¹.

Mais, même en l'absence d'une telle transparence, la sécurité juridique serait certainement renforcée, si la Cour établissait des règles claires visant à circonscrire plus précisément les limites de son contrôle subjectif des causes de justification avancées et du respect du principe de proportionnalité. L'apparition de nouveaux griefs prohibés de discrimination, tels la religion, la race ou le handicap, rendra encore plus nécessaire la fixation de telles limites.

¹³⁶⁸ « Stevens Gives Rare Glimpse of High Court's « Conference » - Justice Details His Thoughts on Affirmative Action Case in Michigan », *Washington Post*, édition électronique du 9 octobre 2003, p. A03.

¹³⁶⁹ Mais la question *doit* être posée, W.H. Roth, pp. 7 et 8.

¹³⁷⁰ *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998.

¹³⁷¹ « L'opinion dissidente : la voie de l'avenir ? », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 8, 2000.

Section 3 - Structure du raisonnement

Dans l'arrêt *Rückdeschel*¹³⁷², la Cour de justice a établi qu'une violation du principe d'égalité, ou une discrimination, consiste dans le traitement différent de deux situations comparables, si cette différence de traitement n'est pas justifiée par une raison objective. L'analyse d'une allégation de violation du principe d'égalité devrait donc comporter trois étapes : a) la vérification de la comparabilité de la situation du plaignant avec celle de la personne avantagée (§ 1) ; b) celle de l'existence d'une différence dans le traitement de ces deux situations (§ 2) ; c) l'examen de la raison objective avancée pour justifier la distinction opérée (§ 3). Cette troisième étape est elle-même subdivisée en deux parties : la vérification que la raison avancée est bel et bien objective et légitime, d'une part, le contrôle que les moyens utilisés pour concrétiser l'objectif poursuivi sont appropriés et nécessaires, d'autre part.

L'examen d'une violation de l'interdiction de discrimination repose sur une même analyse en trois étapes. Toutefois, dans la deuxième, elle doit être complétée par la vérification que la différence de traitement repose bien sur un motif explicitement prohibé¹³⁷³ ou, à tout le moins, sur un motif qui, bien que neutre en apparence, produit un même effet sur le plaignant.

Tant que la Constitution européenne n'est pas entrée en vigueur, le principe d'égalité n'a qu'un espace restreint d'application en droit communautaire, limité au domaine de la PAC, dont le champ d'application personnel est en outre clairement délimité. Le Tribunal l'applique également, mais de manière implicite et sans qu'il soit toujours possible de savoir s'il applique ce principe ou plutôt un principe d'équité, dans le contentieux de la fonction publique. En revanche, les domaines les plus importants du droit communautaire, tels celui des libertés fondamentales ou de l'égalité entre hommes et femmes, ne connaissent que le principe de non-discrimination.

Un examen détaillé de la jurisprudence depuis *Rückdeschel* conduit à s'interroger, surtout dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, sur l'application réelle de la démarche affirmée dans cet arrêt, et singulièrement sur le contenu et la portée de la troisième étape de l'analyse.

¹³⁷² Pour une présentation détaillée de cet arrêt, voy. p. 45.

¹³⁷³ M. Miné, « Les concepts de discrimination directe et indirecte », *ERA-Forum, scripta iuris europaei*, 2003, p. 30.

§ 1 - La comparabilité des situations

De façon générale, la vérification de la comparabilité des situations est une étape qui est souvent ignorée par la Cour dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services¹³⁷⁴. Ce n'est qu'exceptionnellement, lorsqu'elle souhaite ne pas aboutir au constat d'une discrimination, qu'elle procède à une comparaison des situations en cause¹³⁷⁵. Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, il est moins aisé, en raison du contexte différent dans lequel elle se pose¹³⁷⁶, d'éviter d'examiner cette question. Si parfois, la Cour mène un examen minutieux de cette question (arrêt *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, par exemple)¹³⁷⁷, il arrive également qu'elle

¹³⁷⁴ Elle est en revanche plus fréquente dans le domaine de la libre circulation des marchandises, et en particulier dans le contexte de l'article 90 du traité (les impositions intérieures). Dans celui-ci, l'étape de la comparabilité des situations ne peut être esquivée et conditionne réellement le constat d'une discrimination. En effet, comme la Cour de justice l'a rappelé à de nombreuses reprises, l'article 90 interdit « *qu'un État membre frappe, directement ou indirectement, les produits des autres États membres d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires ou de nature à protéger d'autres productions nationales, le critère d'application de l'article [90] étant, par conséquent, le caractère discriminatoire ou protecteur desdites impositions* » ; voy., notamment, arrêts Lornoy, point 19 et *Fricarnes*, point 21.

¹³⁷⁵ Voy. l'affaire *Kaba 2*, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. Dans son arrêt, elle juge, de manière discutable, que dans la mesure où les ressortissants des États membres ne sont pas, en matière de droit de séjour dans une situation comparable aux personnes « présentes et établies » au Royaume-Uni en vertu de la législation de cet État membre (point 49), les premiers ne sauraient prétendre être victimes d'une discrimination dans l'octroi d'un avantage social. Il est incontestable que ressortissants des États membres et nationaux de l'État membre d'accueil ne sont pas dans une situation comparable en termes d'entrée et de séjour dans cet État membre (arrêt *Sagulo*, point 11), mais la Cour de justice n'avait jamais « utilisé » cette circonstance pour considérer que les premiers ne sont pas dans une situation comparable aux fins de l'octroi d'un avantage social. Au contraire, dans l'affaire *Reed*, elle avait reconnu au ressortissant d'un État membre le droit au regroupement familial de son partenaire non marié, lorsqu'un tel droit est ouvert aux nationaux, bien que l'État membre défendeur (les Pays-Bas) ait expressément (point 19 de l'arrêt) avancé l'argument que les ressortissants des États membres ne sont pas, sur le plan du séjour, dans une situation comparable à celles des nationaux, et sans même répondre à cet argument.

De même, avec un raisonnement tel que celui utilisé dans *Kaba 2*, la Cour de justice n'aurait jamais pu arriver à la solution atteinte dans l'arrêt *Martinez Sala*, fondateur de sa jurisprudence sur le droit à l'égalité des citoyens de l'Union. Mme Sala est une ressortissante espagnole vivant en Allemagne et soumise, en vertu du droit communautaire lui-même, à l'obligation d'y obtenir une carte de résidence. Elle n'était donc pas, par définition, dans une situation comparable à celle d'un Allemand, lequel ne peut, juridiquement, être soumis à une telle obligation. Soutenir, comme le fait la Cour de justice « *que le fait, pour un État membre, d'exiger d'un ressortissant d'un autre État membre qui souhaite bénéficier d'une prestation telle que l'allocation litigieuse qu'il produise un document ayant une valeur constitutive, délivré par sa propre administration, alors qu'aucun document de ce type n'est demandé au ressortissant national, aboutit à une inégalité de traitement* » (point 54) est irréconciliable avec le raisonnement tenu dans *Kaba 2* et renforce l'impression que ces deux arrêts ont été rendus en équité, la Cour de justice voulant, dans *Martinez Sala*, donner une interprétation audacieuse de l'article 17 du traité, mais ne voulant pas, dans *Kaba 2*, mettre en cause la législation britannique en matière d'entrée et de séjour, qu'elle jugea, peut-être, mais alors à tort, comme relevant des prérogatives exclusives du Royaume-Uni en matière d'immigration.

¹³⁷⁶ Lorsqu'un ressortissant d'un autre État membre revendique un avantage octroyé à un national, la vérification de la comparaison entre les deux situations est immédiate. Lorsqu'une femme prétend qu'elle a été discriminée par rapport à un homme, parce qu'elle n'a pas eu un emploi, parce qu'elle n'a pas eu une promotion ou parce qu'elle a été licenciée, il peut être beaucoup plus difficile d'établir la comparabilité de leur situation.

¹³⁷⁷ Dans lequel elle a jugé que des psychologues employés comme psychothérapeutes n'effectuaient pas un même travail que des docteurs diplômés employés également comme psychothérapeutes par le même institut, car s'il exercent une activité apparemment identique, ils utilisent, pour traiter leurs patients, des connaissances et des capacités acquises dans des disciplines très différentes, les unes fondées sur des études de psychologie et les autres sur des études de médecine. En outre, même si les médecins et les psychologues effectuent concrètement

estime expressément qu'il ne lui pas nécessaire de procéder à cette étape du raisonnement pour pouvoir déterminer l'existence ou non d'une discrimination (arrêt *Jämställdhetsombudsmannen*)¹³⁷⁸. Dans le même domaine, l'arrêt *Grant* rappelle également que le choix du « bon comparateur » est une question cruciale : comparer le traitement réservé à une lesbienne se plaignant d'une discrimination à celui réservé à un homosexuel qui pourrait se plaindre de la même discrimination ne peut qu'aboutir à un constat de non-discrimination ... puisque la situation de la personne hétérosexuelle privilégiée n'est pas prise en considération !

Il convient encore de constater qu'en dehors de la PAC¹³⁷⁹, et dans les années cinquante de la CECA, la Cour ou le Tribunal n'ont en général pas eu à se prononcer sur des situations dans lesquelles un traitement *comparable* était réservé à des situations *différentes*¹³⁸⁰.

Les mêmes considérations peuvent être émises à propos de la jurisprudence de la Cour européenne. Ce n'est que de manière marginale qu'elle se livre à un examen de la comparabilité des situations. Toutefois quand elle y procède, son examen n'est pas toujours exempt de critiques.

Ainsi, quand elle juge qu'un homme auquel la loi interdit de revendiquer un avantage se trouve dans une situation comparable à celle d'une femme pouvant légalement bénéficier d'un tel avantage, ... mais ayant omis de le faire dans le délai requis (*Robertson* (décision sur la recevabilité)¹³⁸¹), ce

les uns et les autres un travail de psychothérapie, les premiers sont habilités à exercer également d'autres activités relevant d'un autre domaine que celui ouvert aux seconds, qui peuvent seulement exercer une activité de psychothérapeute (point 20). Elle n'a donc pas examiné la question de savoir si la rémunération différente offerte aux deux groupes constituait une discrimination ou non.

¹³⁷⁸ Était en jeu la question de savoir si des sages-femmes employées par une clinique pouvaient se plaindre d'une discrimination salariale en se comparant aux « ingénieurs de clinique » employés par le même établissement. Elles estimaient effectuer un travail de valeur égale à celui de ces derniers. La juridiction de renvoi avait adressé une question préjudicielle à la Cour sans trancher elle-même cette question du travail de valeur égale, estimant que la réponse à cette question requerrait des investigations complexes et coûteuses. La partie défenderesse ayant dès lors estimé que la Cour ne pouvait utilement répondre à la question posée, la Cour argua que si « la description du contexte factuel et juridique présente certaines lacunes, empêchant ainsi la Cour de répondre avec la précision souhaitée à différents aspects des questions qui lui sont soumises, il n'en demeure pas moins que les éléments figurant au dossier permettent à la Cour de se prononcer utilement » (point 34)

¹³⁷⁹ Voy. par exemple l'arrêt *National Farmer's Union*, points 61 et suivants.

¹³⁸⁰ Il convient toutefois de citer l'arrêt *Garcia Avello* de 2003 dans lequel, pour la première fois dans le domaine de la libre circulation des personnes, la Cour de justice a établi l'existence d'une discrimination résultant du traitement identique réservé à deux groupes de personnes placées dans des situations différentes (personnes possédant seulement la nationalité belge et ressortissants belges ayant également la nationalité espagnole, à l'égard des règles concernant les conditions de la transmission du nom de famille). Peut également être cité l'arrêt *Espagne/Conseil et Parlement* (« transporteurs routiers » - C-184/02), concernant le domaine de l'aménagement du temps de travail des transporteurs routiers. Confrontée à l'argument que transporteurs salariés et indépendants ne sont pas dans une situation comparable, de sorte qu'inclure les seconds dans le champ d'application personnel de la directive en cause serait discriminatoire, la Cour de justice répond que ces catégories de transporteurs sont bien dans une situation différente, mais que le législateur a précisément tenu compte de celle-ci en ne réglementant l'intégralité du temps de travail que des premiers, de sorte qu'aucune discrimination ne saurait être constatée.

¹³⁸¹ Avant l'entrée en vigueur au Royaume-Uni, en 2001, d'une nouvelle législation, un veuf ne pouvait obtenir certaines prestations de sécurité sociale suite au décès de son épouse, alors que ces prestations étaient accordées

raisonnement laisse perplexe. De même, quand elle aboutit à un constat de non-discrimination parce qu'elle considère que la différence de traitement est objectivement justifiée, ... alors qu'elle s'est refusée à vérifier si les deux personnes se trouvent dans une situation comparable, son analyse ne peut réellement convaincre (arrêt *Rasmussen*)¹³⁸². De même, il est difficile d'être convaincu par un raisonnement dans lequel elle utilise le même argument pour affirmer que deux personnes ne se trouvent pas dans une situation comparable et pour ajouter que, même si tel était le cas, ce même argument justifierait leur traitement différent (arrêt *Stubbings*)¹³⁸³. Il peut encore être noté que ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour européenne est amenée à constater que le traitement identique de situations différentes constitue une discrimination (arrêt *Thlimmenos*)^{1384 1385}. Enfin, il arrive que la Cour européenne, comme la Cour de justice dans *Grant*, choisisse un groupe comparateur rendant

à une veuve. La demande d'octroi devait toutefois être faite dans les trois mois suivant le décès. Le requérant invoquait une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14. La Cour européenne déclare la requête irrecevable au motif que le requérant n'a pas la qualité de « victime » au sens de la Convention. Elle aboutit à ce résultat en arguant que le requérant n'a pas été directement affectée par la discrimination, dans la mesure où un refus d'octroi aurait également été opposé à une veuve placée dans la même situation, c'est-à-dire qui aurait omis de solliciter l'octroi de ces prestations dans un délai de trois mois !

¹³⁸² Le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que, selon la législation danoise applicable à l'époque, son ancienne femme pouvait à tout moment contester sa paternité devant les tribunaux tandis que lui n'en avait pas le droit. Un peu comme la Cour de justice dans l'affaire *Jämställdhetsombudsmannen*, la Cour européenne n'estime pas nécessaire de trancher la question, et « *part de l'hypothèse* » que mari et femme sont dans une situation analogue.

¹³⁸³ Les requérantes, toutes victimes dans leur enfance de violences ou sévices sexuels, se plaignaient d'avoir été traitées de manière moins favorable, sur le plan des règles de prescription, que les victimes de dommages accidentels comme celles d'autres formes de dommages intentionnels dépourvus de répercussions psychologiques les empêchant d'en comprendre les causes. La Cour européenne déclare que les victimes de dommages intentionnels et accidentels ne peuvent passer pour se trouver dans des situations analogues aux fins de l'article 14, au motif, notamment, que « *les victimes de dommages intentionnels se rendront peut-être plus facilement compte qu'elles ont un motif d'action* » (para. 73). Mais elle poursuit en affirmant que même si une comparaison pouvait être établie entre les deux groupes, la différence de traitement constatée entre ceux-ci serait justifiée, eu égard à la circonstance que « *la possibilité d'engager une action civile apparaît peut-être moins aisément aux victimes* » des dommages accidentels (para. 74). Comment un argument identique peut-il permettre, dans une même affaire, d'établir l'absence de caractère analogue des situations et en même temps de justifier la différence de traitement entre les deux groupes ?

¹³⁸⁴ Le requérant n'avait pas été nommé expert-comptable en raison d'une condamnation pour avoir refusé de porter l'uniforme, compte tenu de son appartenance aux témoins de Jéhovah. Il se plaignait d'une discrimination, dans la mesure où les autorités grecques ne faisaient aucune distinction selon les motifs de la condamnation. Considérant que « *contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession* » (para. 47), elle juge que la sanction supplémentaire d'interdiction d'exercer la profession d'expert-comptable est disproportionnée.

¹³⁸⁵ C'est donc à tort, semble-t-il, que certains auteurs (voy. les références sous note (xx)) voient dans cet arrêt un indice d'une prise de position de la Cour européenne en faveur des actions positives. Considérer que deux types de condamnation ne sont pas comparables aux fins du droit d'accès à une profession, de sorte que les traiter de manière identique à cette fin est discriminatoire, n'induit pas une obligation pour l'Etat « d'aménager » une solution particulière en faveur des personnes se trouvant dans la situation de M. Thlimmenos. La Cour européenne ne condamne pas la « double sanction » frappant les personnes condamnées, mais estime que, eu égard au droit revendiqué (accès à une profession), une telle « double sanction » ne peut être imposée aux personnes ayant été condamnées pour les faits reprochés à M. Thlimmenos.

impossible le constat d'une discrimination, les deux groupes étant victimes de la même discrimination (*Fratrik* – décision sur la recevabilité)¹³⁸⁶.

La question de la comparabilité des situations aux Etats-Unis a surtout concerné les différences de traitement fondées sur le sexe. Tant en ce qui concerne l'âge légal des relations sexuelles (arrêt *Michael M.*)¹³⁸⁷ que l'octroi de certains avantages fiscaux (arrêt *Kahn v. Shevin*)¹³⁸⁸, la Cour suprême US a fondé son analyse, peu convaincante, sur la prétendue différence de situation existant entre hommes et femmes dans le domaine considéré. Il faut toutefois constater que la question de la comparabilité des situations n'est qu'exceptionnellement abordée.

Son examen est en revanche important pour comprendre la jurisprudence de la Cour suprême canadienne. C'est pour se démarquer radicalement de la jurisprudence prévalant avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, dans laquelle elle avait jugé qu'une femme enceinte à laquelle était refusé l'octroi d'une prestation de chômage ne peut se prétendre victime d'une discrimination ... puisque le même refus était opposé à toutes les femmes enceintes (*Bliss*)¹³⁸⁹, que la Cour suprême canadienne aborde fréquemment dans son raisonnement, particulièrement depuis l'arrêt *Law* de 1998¹³⁹⁰, la question de la comparabilité des situations. Cette étape de son analyse apparaît toutefois empreinte d'une extrême subjectivité, puisque elle considère que le choix du « bon comparateur » incombe en principe à la personne se prétendant victime de la discrimination, même lorsque cette dernière souffre d'une déficience mentale grave (arrêt *Winko*)¹³⁹¹ ou que le plaignant est un enfant (arrêt *Canadian*

¹³⁸⁶ L'intéressé, travailleur indépendant ayant eu des revenus faibles au cours d'une année donnée, se plaignait d'une discrimination, établie par la loi en matière fiscale (cotisations), par rapport à une autre catégorie de travailleurs ayant eu des revenus dépassant un certain seuil. La Cour européenne rejette l'allégation au seul motif que l'intéressé n'a pas été traité de manière plus défavorable ... qu'un autre travailleur ayant eu les mêmes revenus que lui.

¹³⁸⁷ Etait en cause une réglementation de Californie sur le « viol légal » permettant l'inculpation des hommes ayant eu une relation sexuelle avec une jeune fille âgée de moins de 18 ans, cette réglementation ne prévoyant pas d'inculpation dans le cas contraire. La majorité de la Cour suprême US estima que garçons et filles ne sont pas dans une situation comparable, dès lors qu'au moins un des objectifs poursuivis par le législateur californien est la prévention des grossesses chez les jeunes adolescentes. Les juges dissidents contestèrent cette appréciation, en se fondant sur la jurisprudence des cours et tribunaux californiens, et arguèrent qu'en réalité la réglementation en cause traduisait le point de vue que les jeunes filles, contrairement aux jeunes hommes, sont considérées comme légalement incapables de donner leur consentement à une relation sexuelle !

¹³⁸⁸ Cet arrêt concernait une réglementation de l'état de Floride prévoyant une exemption fiscale pour les veuves et pas pour les veufs. La Cour suprême US affirma la validité de cette réglementation au regard du 14^e Amendement notamment au motif que les veuves se trouvaient généralement dans une situation économique plus délicate. Indépendamment de son caractère plutôt paternaliste, pareille approche, à connotation purement économique, ne repose sur aucune différence *intrinsèque* qui existerait entre les sexes.

¹³⁸⁹ ... Soit un raisonnement très similaire à celui tenu par la Cour de justice dans *Grant* et par la Cour européenne dans *Fratrik*.

¹³⁹⁰ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 384.

¹³⁹¹ Le plaignant était atteint de maladie mentale et traité en milieu hospitalier. Il fut arrêté après avoir agressé deux personnes avec un couteau et poignardé l'une d'elles. Lors de son jugement, un verdict de « non-responsabilité criminelle » fut prononcé. Dans un tel cas, le code criminel prévoit que le tribunal ou la commission d'examen peut ordonner la remise en liberté inconditionnelle de l'individu ou une remise en liberté sous réserve de modalités. C'est cette seconde décision qui fut prise à l'égard de M. Winko. Ce dernier considéra

Foundation for Children, Youth and the Law)¹³⁹². Ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour suprême écarte ce choix pour y substituer le sien, qu'elle juge plus approprié (arrêt *Granovsky*).

Si elle apparaît parfois dans le raisonnement de la High Court ou de la Federal Court australiennes, la question de la comparabilité des situations est rarement cruciale et ne semble pas avoir donné lieu à des problèmes particuliers.

Dans les trois étapes du raisonnement à mener pour constater l'existence d'une violation du principe d'égalité ou d'une discrimination, celle de la *comparabilité des situations* est cruciale et semble pouvoir, le plus souvent, être répondue de manière objective¹³⁹³. En pratique, toutes les cours suprêmes ont pourtant tendance à ne pas l'aborder, et lorsqu'elles le font, c'est parfois après une analyse juridiquement contestable et dans le seul but, généralement, de pouvoir conclure à l'absence de discrimination.

§ 2 - Le critère de différenciation

L'identification du critère de différenciation est susceptible de jouer un rôle, parfois important, dans le contexte d'une interdiction des discriminations.

Le critère de différenciation définit la limite de l'interdiction. Dans un cadre juridique donné, tel celui de la libre circulation des personnes en droit communautaire par exemple, une différence de traitement qui n'est pas fondée, au moins indirectement, sur la nationalité n'est pas interdite. La même conclusion vaut pour le domaine de l'interdiction des discriminations, entre travailleurs, fondées sur le sexe. Dans ce dernier domaine¹³⁹⁴, la portée de la signification même du critère de différenciation, et donc de l'interdiction, peut poser problème. Ainsi, la *conversion sexuelle*, le *harcèlement sexuel* ou l'*orientation sexuelle* sont-ils des notions incluses dans ce critère de différenciation ? Répondre

que cette décision contrevenait, notamment, à l'article 15 (1) de la Charte, car elle traitait les accusés non responsables criminellement différemment des autres personnes accusées.

¹³⁹² Était en cause la constitutionnalité d'une disposition du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. L'association plaignante estimait que cette différence de traitement entre adultes et enfants est discriminatoire.

¹³⁹³ R. Hernu (p. 242) paraît exagérer la difficulté de cette tâche en estimant que le fait de comparer est « infiniment complexe » car cette opération procéderait de « l'indétermination des notions de similarité et de singularité ». Si elle est vraie ontologiquement, cette remarque est nettement, généralement, moins exacte lorsqu'elle vise la tâche du juge.

¹³⁹⁴ Dans le domaine de la libre circulation des personnes, le critère de différenciation – la nationalité – pose, par nature, moins de problème. S'agissant des ressortissants d'un État membre possédant, en outre, la nationalité d'un État tiers, la Cour de justice a établi, dans l'arrêt *Micheletti*, que « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire. Il n'appartient pas, par contre, à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité » (point 10).

affirmativement à cette question a parfois mené certaines cours suprêmes à adopter un raisonnement juridiquement contestable.

Si la Cour de justice a, légitimement, conclu que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe inclut celles fondées sur la conversion sexuelle, un des deux arguments utilisés pour fonder cette conclusion n'est guère satisfaisant. La Cour de justice affirma, dans *P.*, qu'un transsexuel serait discriminé par rapport aux personnes du sexe auquel il était réputé appartenir avant sa conversion sexuelle (point 21). Cet argument ne convainc pas. Il implique en effet que la Cour de justice compare une transsexuel devenu homme, par exemple, avec la situation réservée aux femmes. Dès lors qu'un transsexuel devenu femme serait également discriminé par rapport aux hommes, peut-elle conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, si elle fonde son raisonnement sur une *comparaison* alors qu'elle a jugé dans *Grant* qu'une lesbienne ne peut se plaindre d'une discrimination fondée sur le sexe puisque un homosexuel subirait le même désavantage ? Une telle analyse comparative ne pourrait donc aboutir que si elle fait des transsexuels un « troisième » sexe¹³⁹⁵.

Le même problème se pose à propos du harcèlement sexuel. La conclusion qu'un harcèlement sexuel est couvert par l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe ne peut être juridiquement convaincante si elle s'appuie sur une comparaison de la situation réservée aux personnes appartenant à l'autre sexe. En effet, dans un tel cas, le harcèlement égal des personnes des deux sexes ne pourrait constituer une discrimination fondée sur le sexe¹³⁹⁶. Tant la Cour suprême US (*Oncale*)¹³⁹⁷ que le

¹³⁹⁵ Paraît plus fort le premier argument utilisé par la Cour de justice que « le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée » (point 20).

¹³⁹⁶ Dans son étude très fouillée de la jurisprudence américaine et des théories qui peuvent sous-tendre la justification du harcèlement sexuel comme discrimination fondée sur le sexe, M.J. Katz reconnaît que la théorie de « l'attraction/préférence sexuelle » ne permet pas de justifier dans une telle hypothèse la conclusion d'une discrimination fondée sur le sexe (p. 125 et suivantes – il parle du *bisexuality gap*). Il estime que même dans ce cas le harcèlement sexuel peut être considérée comme une discrimination fondée sur le sexe, mais que cette conclusion doit alors s'appuyer sur une autre théorie que celle de l'attraction sexuelle, mais n'explique pas quelle pourrait être cette autre théorie. R. Mizrahi, (p. 1585), va plus loin et considère que l'hostilité générale à la présence d'autres femmes manifestée par certaines femmes – se traduisant par des comportements d'exclusion ou de rumeurs, destinées à s'attirer les faveurs des collègues masculins – constitue un « harcèlement sexuel – environnement hostile ».

¹³⁹⁷ L'intéressé travaillait sur une plateforme pétrolière sous l'autorité d'autres hommes. A de nombreuses reprises, il fut soumis à des comportements humiliants à connotation sexuelle, à des agressions sexuelles et à des menaces de viol de la part de ceux-ci. La question centrale, affirma la Cour suprême US, est de savoir si les personnes d'un sexe sont exposées à des conditions de travail désavantageuses auxquelles les personnes de l'autre sexe ne sont pas exposées, mais elle ne répond pas à cette question dans son arrêt. Il n'est d'ailleurs pas sûr que le harcèlement condamné dans l'affaire *Oncale* était bien dû au sexe de la victime et non à son orientation sexuelle – le harcèlement, pratiqué par des collègues masculins eux-mêmes hétérosexuels, était peut-être motivé par l'orientation sexuelle de l'intéressé ; or, le Titre VII n'interdit pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Les juridictions inférieures semblent d'ailleurs ne pas suivre systématiquement l'arrêt *Oncale*. Ainsi, en 2003, la *Court of Appeals* du 8^e Circuit jugea dans *McCown v. St John's Health System* qu'un comportement assez similaire à celui dénoncé dans *Oncale* ne constitue pas un harcèlement sexuel, dans la

législateur communautaire¹³⁹⁸ n'ont, semble-t-il, pas réussi à surmonter ce problème. Une solution consisterait à affirmer, à l'instar de ce que la Cour de justice a argumenté dans la première partie de son raisonnement dans *P.*¹³⁹⁹, que le harcèlement sexuel - comme le traitement réservé aux personnes ayant changé de sexe - est, *par sa nature même*, fondée sur, ou intervient en raison du, sexe de la victime, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une comparaison du traitement réservé à cette personne et aux personnes appartenant aux deux sexes¹⁴⁰⁰.

Mais l'identification du critère de différenciation peut également se révéler importante dans l'application du principe d'égalité.

La jurisprudence de la Cour suprême US, particulièrement, montre que la rigueur de l'analyse menée dans la troisième étape du raisonnement - celle de la justification de la différence de traitement - peut varier en fonction du critère de différenciation (voy. *ci-dessous*). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, depuis 1985, illustre également cette affirmation. Elle est toutefois plus fluctuante et semble dépendre assez souvent de l'appréciation subjective, au cas par cas, des juges. Ainsi, bien qu'identifiés comme critères de distinction ne pouvant être justifiés que par des considérations très fortes, le *sexe* et la *religion* ne donnent parfois lieu qu'à un examen sommaire, par la Cour européenne, des causes de justification avancées ou du respect du principe de proportionnalité¹⁴⁰¹.

Par ailleurs, le fait d'être appelées à n'intervenir que dans un cadre juridique limité par l'identification précise d'un ou plusieurs critères de différenciation prohibés, a donné lieu à des réactions divergentes des différentes cours suprêmes.

La Cour de justice a refusé, dans l'affaire *Grant*, d'examiner l'éventuelle violation du principe d'égalité, en raison d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, après avoir constaté que cette différence de traitement ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe. Il

mesure où le plaignant ne pouvait établir l'existence d'un comportement *discriminatoire* à son égard, c'est-à-dire ne rapportait pas la preuve que les femmes de la même entreprise n'étaient pas soumises au même comportement de harcèlement.

¹³⁹⁸ Dans la directive 2002/73, modifiant la directive 76/207, le législateur communautaire se borne à affirmer que le harcèlement sexuel constitue une discrimination fondée sur le sexe sans autrement justifier cette affirmation.

¹³⁹⁹ Pour une présentation détaillée de cet arrêt, voy. p. 162.

¹⁴⁰⁰ *Contra*. l'attitude de la House of Lords. En 2003, dans *MacDonald v. Advocate General for Scotland et Pearce v. Governing Body of Mayfield School*, elle jugea que le fait que le harcèlement d'une lesbienne (*Pearce*) est « gender specific » n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un harcèlement *fondé sur le sexe*. Elle estima en effet que la plaignante devait, en outre, établir que le harceleur n'adopterait pas la même attitude à l'égard d'un homosexuel. Son analyse est donc entièrement fondée sur une analyse comparative. Sur ces arrêts, voy. D. Manknell, « Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Harassment, and Liability for Third Parties », 32 *Industrial Law Journal*, (2003), p. 297.

¹⁴⁰¹ *Comp.* les arrêts *Abdulaziz et Asnar* (sexe) et les arrêts *Hoffmann et Cha'are* (religion).

ne peut par ailleurs être considéré qu'elle a, dans *P.*, étendu les griefs de discrimination prohibés par le traité, puisque elle y a jugé que la notion de sexe *inclut* celle de conversion sexuelle. En revanche, par sa jurisprudence *Martinez Sala* et *Grzelczyk*, elle a étendu, aux citoyens de l'Union et aux étudiants, le champ d'application *personnel* de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité insérée dans un règlement que le législateur avait réservé aux seuls travailleurs.

En revanche, le Tribunal s'est constamment affranchi de ces limitations, dans le contentieux de la fonction publique, dans lequel il applique systématiquement un principe d'égalité : toute différence de traitement entre fonctionnaires est susceptible d'être sanctionnée, même si elle ne repose pas sur un des motifs prohibés de discrimination visés par le Statut. Et son analyse repose sur un raisonnement identique quel que soit le motif de différenciation (arrêt *C.*)¹⁴⁰². Cette attitude, très *interventionniste* du Tribunal, le distingue par ailleurs de la Cour européenne, laquelle, dans le même domaine, estime, de manière explicite, qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur (*Zouboulidis* (décision sur la recevabilité)¹⁴⁰³).

La Cour européenne des droits de l'homme accepte, en principe, d'examiner toutes les différences de traitement, quel que soit le motif qui les fonde. Il lui arrive cependant parfois de refuser d'examiner une violation de l'article 14 de la CEDH au motif que la différence de traitement ne repose pas sur un motif expressément mentionné par cette disposition (*Acimovic* (décision sur la recevabilité)¹⁴⁰⁴) - bien

¹⁴⁰² La plaignante, enfant d'une fonctionnaire de la Commission, réclamait le bénéfice d'une disposition du Statut accordant une pension d'orphelin, en invoquant le fait qu'en soumettant son application à la condition que le parent décédé devait être le *conjoint* du fonctionnaire, elle était illégale, car elle violerait le principe d'égalité de traitement. Le critère d'application de cette disposition, le statut marital, n'est pas prohibé par l'article 1^{er} bis du Statut des fonctionnaires. Le Tribunal tint pourtant un raisonnement identique à celui qu'il tient habituellement lorsque la différence de traitement repose sur un motif formellement inscrit dans cette disposition. Il convient en outre de signaler qu'en 2004, la Cour de justice a jugé, dans l'arrêt *K.B.*, que la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève du choix du législateur.

¹⁴⁰³ Le requérant, fonctionnaire au ministère grec des affaires étrangères en vertu d'un contrat de droit privé à durée indéterminée, occupait un poste à l'ambassade grecque de Berlin. Le ministère refusa de lui verser des augmentations de salaire pour enfants à charge en se fondant sur des décisions ayant introduit une distinction entre les fonctionnaires employés en vertu d'un contrat de droit privé et les autres. La Cour européenne jugea qu'il ne lui appartenait pas de « *substituer son appréciation à celle des autorités étatiques compétentes, lesquelles ont décidé d'allouer l'allocation en question seulement aux fonctionnaires titulaires et permanents du ministère. A défaut d'arbitraire, la Cour ne saurait remettre en question les motifs des autorités nationales d'estimer ce choix fondé sur une justification objective et raisonnable* ».

¹⁴⁰⁴ L'intéressé, ressortissant croate, avait vu sa maison réquisitionnée par les militaires durant les années nonante. Lorsqu'il put la récupérer, il constata qu'elle avait été complètement pillée et saccagée. Il entama une procédure devant les tribunaux, mais perdit son procès et introduisit un appel. Toutefois, une nouvelle législation entra en vigueur en vertu de laquelle toutes les actions en dommages et intérêts résultant des actes de l'armée durant la guerre civile étaient suspendues. La Cour européenne déclara irrecevable cet aspect de sa requête, car le requérant ne pouvait établir avoir été victime d'une discrimination fondée sur l'un des motifs visés à l'article 14 ... et dans la mesure où la législation avait été appliquée de la même manière à toutes les personnes se trouvant dans sa situation. Cette attitude contraste fort avec celle adoptée par contre dans *Bucheň*. Dans cet arrêt, le requérant, juge militaire devenu juge de droit commun en République tchèque, se plaignait de ne pas avoir perçu, au moment de sa mise à la retraite comme juge militaire, l'allocation de retraite aux anciens juges militaires, dont le versement, en vertu d'une nouvelle loi, était suspendu jusqu'à la fin de l'exercice de ses fonctions de

qu'elle ait par ailleurs affirmé que la liste de l'article 14 n'est pas exhaustive - ou de considérer que l'article 14 ne concerne pas toutes les différences de traitement, mais seulement celles ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle par laquelle des personnes, ou groupes de personnes, se distinguent les uns des autres (arrêt *Kjeldsen*). Son attitude paraît donc assez subjective et casuistique.

La Cour suprême du Canada procède par utilisation de la méthode des motifs « analogues » aux motifs expressément prohibés par l'article 15 de la *Charte*. Tout critère de différenciation est donc susceptible d'être analysé, pour autant qu'il soit jugé « analogue ». L'approche de la Cour suprême repose dès lors, comme l'affirmait le juge Wilson dans l'affaire *Turpin*, sur une analyse « au cas par cas » (p.1334). Or, les juges de la Cour suprême adoptent parfois une attitude opposée par rapport au même motif. Dans *Dunmore*, était en cause une réglementation de l'Ontario ayant supprimé le droit pour les travailleurs agricoles de se syndiquer et de négocier collectivement. Dans son opinion concordante (para. 165), la juge L'Heureux-Dubé considère que le « statut professionnel des travailleurs agricoles » constitue un « motif analogue » ; en revanche, le juge Major, dans son opinion dissidente (para. 215), rejette cette analyse.

En outre, alors que plusieurs juges ont considéré que certains motifs, tel le sexe, sont des motifs « immuables », et donc toujours « énumérés ou analogues », d'autres ont rejeté cette approche. Ainsi, dans l'arrêt *Corbiere*, était en jeu la constitutionnalité de la *loi sur les Indiens*, laquelle fixe les conditions d'exercice du droit de vote pour les bandes indiennes. Aux termes de celle-ci, a qualité pour voter tout membre de la bande qui est âgé d'au moins dix-huit ans et « réside ordinairement sur la réserve ». Les plaignants arguaient que moins d'un tiers des membres inscrits des bandes vivent dans les réserves. Ils estimaient donc discriminatoire la condition de résidence dans les réserves. Les cinq juges de la majorité considèrent que les « motifs énumérés ou analogues » sont invariables, immuables, c'est-à-dire, par exemple, que le *sexe* est, toujours, un motif de discrimination, même si les distinctions fondées sur ce motif ne seront pas toujours discriminatoires. Pour eux, « ce n'est pas le *motif* en tant que tel qui varie d'une affaire à l'autre, mais plutôt la réponse à la question de savoir si une distinction fondée sur un motif susceptible de reconnaissance sur le plan constitutionnel est *discriminatoire* » (para. 9). A l'inverse, les quatre juges de la minorité considèrent que « l'étape des motifs analogues *doit être faite en fonction de l'objet et du contexte* » (para. 59), ce qui signifie que, suivant les circonstances, un motif jugé analogue dans une affaire pourrait ne pas être jugé tel dans une autre, en fonction du contexte particulier de celle-ci.

juge. Il se plaignait d'un traitement discriminatoire par rapport aux autres militaires de carrière qui auraient continué à percevoir cette allocation, et par rapport à d'autres anciens juges militaires qui toucheraient celle-ci. La Cour européenne se limite à constater l'existence d'une différence de traitement (para. 73), mais ne se soucie pas d'identifier le critère de distinction utilisé.

Comme le Tribunal, la Cour suprême du Canada semble appliquer (voy. *ci-dessous*) un même raisonnement qu'il s'agisse d'un motif expressément visé par l'article 15 (1) de la *Charte* ou d'un motif analogue.

Si l'identification du critère de différenciation joue un rôle également lorsque s'applique un principe d'égalité, et non pas seulement un principe d'interdiction des discriminations, c'est aussi en raison du fait que dans les systèmes juridiques qui connaissent le principe d'égalité, ou une liste non exhaustive de motifs prohibés de discrimination, une question essentielle qui se pose aux cours suprêmes est de déterminer, face à un critère spécifique de différenciation, l'attitude à adopter vis-à-vis des arguments présentés pour justifier celle-ci ? En d'autres termes, tous les critères de différenciation appellent-ils un raisonnement identique ? Mais la question se pose – devrait se poser – même lorsque ne s'applique qu'un principe de non-discrimination : une différence de traitement fondée sur la race (directive 2000/43) appelle-t-elle une même analyse que celle fondée sur l'âge (directive 2000/78) ? En outre, un objectif prétendument légitime pour justifier une différence de traitement fondée *indirectement* sur un grief prohibé de discrimination reste-t-il légitime lorsque la même différence de traitement est fondée *directement* sur le même grief prohibé de discrimination ?

§ 3 - La justification des différences de traitement

En faisant dépendre la conclusion de l'existence, ou de l'absence, d'une violation du principe d'égalité, ou d'une discrimination, de leur propre analyse de ce qui, au sein d'un Etat ou d'une entreprise, peut être considéré comme un objectif légitime ou impérieux, ou de la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre ces objectifs, les cours suprêmes risquent de substituer leurs propres visions *politiques* à celles du législateur.

I – La hiérarchisation des motifs de discrimination

Si elle n'était pas encadrée, cette substitution de la vision subjective du juge à celle du législateur ne serait pas admissible¹⁴⁰⁵. Certaines cours suprêmes ont donc progressivement élaboré un ensemble, parfois complexe, de règles servant – ou qui devraient servir – de garde-fous à leur propre analyse nécessairement, au moins en partie, subjective.

Comme l'a fort justement indiqué la Cour suprême US, par exemple dans *Romer v. Evans*, la promesse d'une égalité de tous les citoyens devant la loi doit coexister avec la nécessité pratique que la plupart des législations établissent des classifications, et traitent donc inégalement différents

¹⁴⁰⁵ Dans le même sens, P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation ... », p. 64, relève, spécifiquement à propos de la Cour européenne, que sans ces limites la liberté discrétionnaire que cette Cour se réserve pourrait confiner à l'arbitraire.

groupes de personnes. Face à une même problématique, les réactions des différentes cours suprêmes ne sont toutefois pas identiques. Les questions qui se posent sont au moins au nombre de deux : toutes les classifications appellent-elles une approche identique, ou au contraire une approche différenciée selon le critère de différenciation ? Par ailleurs, le fait que la classification soit fondée directement sur un critère, ou seulement indirectement sur celui-ci, justifie-t-il une approche différente ? (voy. *ci-dessous* sur cette seconde question).

La Cour suprême US a indiscutablement élaboré le système le plus complet, et le plus complexe¹⁴⁰⁶, de réponse à ces questions. Dans le contexte du principe constitutionnel d'égalité devant la loi du 14^e Amendement, elle considère, depuis 1911 déjà (arrêt *Lindsley v. Natural Carbonic Gas*¹⁴⁰⁷), que dès lors qu'elle ne touche pas à un droit fondamental ou n'est pas dirigée contre un groupe « protégé », la classification utilisée par un législateur est valide dès lors qu'il existe une relation rationnelle entre cette classification et l'objectif poursuivi (arrêt *Romer v. Evans*). En d'autres termes, elle estime que les cours et tribunaux ne sont pas un « super législateur » pouvant juger de la sagesse ou de la désirabilité des choix politiques du législateur qui n'affectent pas un droit fondamental ou un groupe (ou une minorité) protégé(e) (arrêt *Heller v. Doe*).

Cette attitude paraît saine et respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs. Il n'en demeure pas moins, particulièrement aux Etats-Unis, que la détermination de ce qui constitue un « droit fondamental » n'échappe pas à certaines considérations idéologiques. Les opinions radicalement opposées, exprimées au cours des trente dernières années par les membres de la Cour suprême US à propos du caractère fondamental ou non du droit à avorter, par exemple, le prouvent à suffisance (voy. *ci-dessus*). Mais dès lors qu'une classification est regardée comme affectant un droit fondamental ou un groupe protégé, elle est soumise à un examen (*scrutiny test*) plus strict (le sexe) ou beaucoup plus strict (la race).

¹⁴⁰⁶ Cette complexité rend évidemment plus difficile aussi la tâche des juridictions inférieures, ce qu'illustre, par exemple, l'arrêt *Hutchins Tiana v. District of Columbia* de la *Court of Appeals* du *District of Columbia Circuit* de 1998. Celle-ci avait à déterminer si la réglementation du District imposant un couvre-feu aux mineurs non accompagnés âgés de moins de dix-sept ans toutes les nuits de la semaine violait, entre autres, le 14^e Amendement. Par deux voix contre une, le *Circuit* conclut à l'inconstitutionnalité de la réglementation, ... mais les trois juges fondent leur analyse sur un *test review* différent. Le premier juge de la majorité estime qu'il convient d'appliquer un *intermediate scrutiny test*, alors que le second considère que le critère de classification utilisé impose le recours au *strict scrutiny test*. Tous deux concluent que l'intérêt gouvernemental avancé, la lutte et la protection contre la délinquance juvénile, ne passe pas le *test* retenu. Le juge de la minorité fonde lui son raisonnement sur le simple *rational basis test* et conclut que l'objectif poursuivi satisfait à ce *test*.

Cet arrêt fut renversé par le *Circuit* statuant *en banc*, c'est-à-dire en présence des onze juges du *Circuit*. Dans cet arrêt, il fut jugé que n'était en cause aucun droit fondamental et que donc un *rational basis test* s'appliquait ... et que même si les droits revendiqués (droit à la libre circulation et droit pour les parents de décider de la manière d'éduquer leurs enfants) devaient être considérés comme des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, l'objectif impérieux de lutte contre la délinquance juvénile satisfaisait au *strict scrutiny review*.

¹⁴⁰⁷ Lequel a formalisé et théorisé une doctrine dont on retrouve déjà les prémisses dans un arrêt de 1877, *Munn v. State of Illinois*.

En revanche, les classifications opérées en fonction de l'âge ou de l'orientation sexuelle ne sont pas considérées par la Cour suprême US comme affectant un droit fondamental constitutionnellement garanti. Elles sont donc soumises au test le plus souple (*rational basis*).

S'agissant de l'orientation sexuelle, la Cour suprême US appliqua, dans son arrêt *Romer v. Evans* de 1996¹⁴⁰⁸, un *rational basis test review* pour juger inconstitutionnel un *Amendment* à la Constitution de l'état du Colorado ayant pour effet pratique essentiel d'exclure les homosexuels de toute protection fondée sur leur orientation sexuelle. Et en 2003, dans *Lawrence*, en renversant sa jurisprudence *Bowers*, dans laquelle elle avait affirmé que la sodomie entre adultes homosexuels consentants ne constitue pas un droit garanti par la Constitution, elle adopta un raisonnement *sui generis* : les adultes sont libres de s'engager dans un comportement privé en exerçant leur liberté au titre de la *Due Process Clause* du 14^e Amendement, et la réglementation texane en cause ne poursuit aucun intérêt légitime pouvant justifier cette intrusion dans la vie privée et personnelle. Mais elle n'affirme pas l'existence d'un droit fondamental constitutionnellement garanti qui exigerait l'application du *strict scrutiny review*. Une telle indétermination du droit ou de la liberté protégée lorsque la classification opère en fonction de l'orientation sexuelle, et par répercussion l'indétermination du *test review* applicable, n'est pas sans conséquence pratique. Ainsi, au lendemain de l'arrêt *Lawrence*, et sur renvoi par la Cour suprême US, la cour suprême du *Kansas* considéra dans l'affaire *Limon*¹⁴⁰⁹ que l'orientation sexuelle n'exigeait, de façon générale, que le test le plus souple de justification (*rational basis*).

Cette caractéristique essentielle de la jurisprudence de la Cour suprême US dans le raisonnement qu'elle mène dans le cadre du principe constitutionnel d'égalité se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1985 (*Abdulaziz*) : seules des « considérations très fortes » peuvent justifier les classifications opérées en fonction de certains critères, tels le sexe, l'orientation sexuelle ou la nationalité. Il faut toutefois noter que cette jurisprudence, à l'inverse de celle de la Cour suprême US, ne repose sur aucune motivation particulière, la Cour européenne se contentant d'affirmer par exemple que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe* » (para. 78). C'est peut-être cette absence de motivation théorique robuste qui explique que la

¹⁴⁰⁸ Après que plusieurs villes ont voté des ordonnances prohibant toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière, notamment, de logement, d'emploi et d'enseignement, les électeurs de l'état du Colorado adoptèrent, par référendum, un *Amendment* à la Constitution de l'état, interdisant aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire toute action destinée à protéger le statut des personnes et fondée sur leur orientation, leur conduite ou leurs pratiques homosexuelles, lesbiennes ou bisexuelles. La Cour suprême US jugea cet *Amendment* contraire à l'égalité de protection devant la loi garantie par la Constitution fédérale.

¹⁴⁰⁹ L'intéressé avait été condamné par une cour d'appel du Kansas à une peine d'emprisonnement de 17 ans (!) au titre d'une législation de cet état pour pratique homosexuelle (fellation) avec un garçon de 14 ans, alors qu'en vertu de la même législation la sentence qui aurait été prononcée si son partenaire avait été une jeune fille aurait été nettement moindre (15 mois maximum - la législation du Kansas prévoit une peine minimale de 55 mois

Cour européenne n'adopte pas toujours à cet égard une jurisprudence cohérente, et qu'en dehors des critères auxquels elle a déjà appliqué cette jurisprudence (sexe, nationalité, orientation sexuelle, religion, naissance hors mariage), il paraît aujourd'hui impossible de déterminer – hormis vraisemblablement pour la race¹⁴¹⁰ – les autres griefs de différenciation qui pourraient bénéficier de celle-ci. Il faut espérer que l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, qui consacre un véritable principe d'égalité devant la loi, l'incitera à fournir une assise théorique plus claire à sa jurisprudence, laquelle, sur ce point, illustre son approche très casuistique.

Lorsque la différence de traitement n'est pas fondée sur l'un de ces critères particuliers, l'attitude de la Cour européenne est généralement empreinte d'une grande déférence à l'égard des choix effectués par le législateur national, car elle estime qu'il est le mieux placé pour apprécier la nécessité ou non de cette différence de traitement. Elle ne sanctionne donc que les différences de traitement qu'elle juge *arbitraires*. Cette position de principe est assez similaire à celle de la Cour suprême US. Toutefois, son attitude n'est pas exempte d'ambiguïté. Tout d'abord, dans la mesure où sa jurisprudence sur les griefs particuliers ne pouvant être justifiés que par des considérations très fortes n'est elle-même pas toujours cohérente, la ligne de démarcation entre les différents griefs, leur hiérarchisation éventuelle, est assez floue. Par ailleurs, de façon générale, elle estime que la marge de manœuvre dont disposent les Etats varie selon l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants. En soi, pareil critère paraît plutôt raisonnable¹⁴¹¹. Pourtant, son application n'est pas toujours cohérente. Ainsi, la Cour européenne semble avoir reconnu une marge de manœuvre importante aux Etats même lorsque la différence de traitement est fondée sur la religion (arrêt *Cha'are*) ou le sexe (arrêt *Petrovic*), alors que par ailleurs elle considère que des différences de traitement fondées sur ces deux critères ne devraient pouvoir être justifiées que par des considérations très fortes. Sa démarche paraît dès lors empreinte d'une grande subjectivité.

Aucune autre des cours suprêmes dont la jurisprudence est étudiée n'a adopté la démarche de la Cour suprême US à propos de la hiérarchisation des griefs de discrimination.

lorsque les partenaires sont du même sexe). Sur cette affaire et ses développements au regard du 14^e Amendement, voy. les commentaires sous note (xx).

¹⁴¹⁰ Il faut néanmoins constater à cet égard que le grief de discrimination fondée sur l'origine ethnique avancé par des Kurdes est systématiquement rejeté par la Cour européenne, généralement au terme d'un raisonnement très minimaliste.

¹⁴¹¹ Même si P. Muzny, « Standards jurisprudentiels de la Cour EDH et droit comparé : une question de rationalité », *Annales de droit de Louvain*, 2003, pp. 27 et 45, souligne à juste titre que le critère majorité/minorité n'est pas pertinent *per se*, car doit-on réellement admettre qu'une « mesure ne permettant pas au sexe masculin de bénéficier de l'allocation d'un congé parental pour élever ses enfants est légitime simplement parce que c'est la situation rencontrée dans la majorité des pays membres du Conseil de l'Europe ? ». Dans le même sens, J.N. Erdman, « The Deficiency of Consensus in Human Rights Protection : A Case Study of *Goodwin v. United Kingdom* and *I. v. United Kingdom* », *2 Journal of Law & Equality*, (2003), pp. 318 et 345, note, également à raison, qu'une application mécanique de ce critère risque d'aboutir à ce que la

Cela est compréhensible de la part de la High Court et de la Federal Court australiennes, puisque la première a jugé que la Constitution fédérale ne contient pas un principe d'égalité devant la loi (arrêt *Leeth*) et que les législations fédérales ne prohibent que les seules discriminations fondées sur la race, le sexe et le handicap, auquel il faut ajouter l'âge depuis 2004. Si l'attitude de la Federal Court ne permet pas de distinguer si, en pratique, elle entend appliquer un raisonnement différent, plus souple, lorsqu'elle doit statuer sur une différence de traitement fondée sur le handicap, ses arrêts ne contiennent toutefois aucune explication théorique qui tendrait à démontrer que tel est le cas. Notamment, l'analyse de la jurisprudence ne semble pas permettre de conclure qu'une différenciation basée sur la race est traitée de manière plus stricte que lorsqu'elle est basée sur le sexe ou sur le handicap. L'arrêt *Purvis* de 2003, de la High Court¹⁴¹², appliqué à plusieurs reprises par la FCA, tend toutefois à démontrer une évolution vers une interprétation restrictive de la notion de discrimination *en raison* du handicap. Dans cet arrêt, la High Court a en effet confirmé, sur ce point, un arrêt de la Federal Court concernant le renvoi d'une école d'un élève ayant exprimé, à plusieurs reprises un comportement violent et antisocial *en raison* de lésions cérébrales graves. Les deux cours affirmèrent que pour établir l'existence d'une discrimination, la comparaison doit se faire entre l'attitude adoptée à l'encontre de l'élève renvoyé et celle qui aurait été adoptée à l'encontre d'une personne n'ayant pas le même handicap, mais dans les mêmes circonstances de violences répétées.

Cela pourrait paraître plus surprenant de la part de la Cour suprême du Canada, puisqu'elle peut être amenée à juger contraire à la *Charte* toute différence de traitement, quel que soit son motif, dès lors qu'il est jugé analogue à ceux expressément visés par celle-ci. La question d'une telle hiérarchisation n'a pourtant jamais été réellement discutée par la Cour suprême. Dans l'arrêt *Andrews*, fondateur de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l'article 15 (1) de la *Charte*, le juge McIntyre (p. 175) affirma que « *les motifs énumérés¹⁴¹³ traduisent (...) les pratiques discriminatoires les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15 (1), recevoir une attention particulière* ». Mais cette remarque fut formulée seulement dans un *obiter dictum*. En revanche, en 2002, dans l'arrêt *Lavoie*, le juge Bastarache, dans l'opinion émise pour la majorité, considère au contraire qu'il n'y a pas lieu d'établir de hiérarchie entre les différents motifs de discrimination de l'article 15(1) « *en vertu de laquelle les considérations d'ordre public pourraient faire obstacle à une demande fondée sur le par. 15(1) dans certains cas (par exemple la citoyenneté) mais non dans d'autres (par exemple la race). Je ne trouve rien qui appuie une telle hiérarchie dans la Charte* » (para. 51).

Cour européenne ne protège un droit que lorsque cela n'est plus réellement nécessaire puisque les attitudes sociétales et les conditions juridiques auraient déjà évolué de façon suffisante dans la plupart des Etats.

¹⁴¹² Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 424.

¹⁴¹³ C'est-à-dire la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Une explication, partielle, à cette attitude se trouve peut-être dans la circonstance que l'interdiction des discriminations et la possibilité de justifier éventuellement celles-ci se trouvent dans deux dispositions distinctes de la *Charte*. Son article premier, ainsi que le *test de Oakes*¹⁴¹⁴ développé par la Cour suprême, ne sont pas invocables uniquement en relation avec l'article 15 de la *Charte* et l'interdiction de discriminer qu'il édicte, mais s'appliquent à l'égard de toutes les dispositions de la *Charte*, rendant par là même plus difficile l'élaboration d'un contrôle différencié de la légitimité des objectifs avancés au soutien de la classification opérée. Même si la juge Arbour se demandait, à juste titre, dans l'affaire *Lavoie*, comment une loi, jugée discriminatoire parce qu'affectant la dignité humaine du plaignant, pourrait trouver une quelconque justification au titre de l'article premier de la *Charte* (para. 85) ?

Il convient encore de souligner que le *test de Oakes*, utilisé dans le cadre de l'article premier de la *Charte*, repose sur une même prémisse que celle avancée par la Cour suprême US dans *Lindsley* : les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation ; le législateur doit donc disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à des pressions opposées. Toutefois, dès lors qu'elle appréhende, théoriquement, de la même manière tous les critères de distinction, la sévérité de son contrôle, au titre du *test de Oakes*, varie en fonction de divers facteurs qui restent indéterminés, ce qui nuit singulièrement à la sécurité juridique et renforce l'apparence discrétionnaire de son approche.

Compte tenu de l'importance pratique réduite du principe d'égalité en droit communautaire et du fait qu'elle a essentiellement été invitée à examiner des différences de traitement fondées seulement sur la nationalité ou le sexe, la Cour de justice a pu éviter de devoir se prononcer sur une éventuelle hiérarchisation, en droit communautaire, des critères de différenciation. L'entrée en vigueur, en 2003, des directives interdisant les discriminations fondées sur la race, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle change déjà quelque peu la donne¹⁴¹⁵. Plus fondamentalement, l'entrée en vigueur de la Constitution, et du principe d'égalité devant la loi qu'il contient, appellera un changement radical dans l'approche de la Cour.

M. Bell¹⁴¹⁶ note que la Constitution rejette clairement l'idée que toutes les formes de discrimination devraient recevoir un traitement identique et souligne qu'il découle des articles I-2 et II-81, paragraphe

¹⁴¹⁴ Pour une présentation détaillée de ce *test*, voy. p. 367.

¹⁴¹⁵ En attribuant des champs d'application matériels différents à l'interdiction de discrimination fondée sur la race et à celle fondée sur d'autres motifs, le législateur n'a pas réalisé une réelle hiérarchisation des motifs de discrimination, mais a seulement tenu compte de l'impossibilité de réaliser le même consensus entre Etats membres quant au champ d'application matériel des autres griefs que la race. En revanche, il a défini le concept de discrimination de manière identique quel que soit le critère de différenciation.

¹⁴¹⁶ « Equality and the European Union Constitution », 33 *Industrial Law Journal*, (2004), pp. 242 et 256.

1¹⁴¹⁷, que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, la nationalité ou l'appartenance à une minorité ethnique ont reçu une attention particulière de la part du Constituant. Il se demande toutefois si certaines des distinctions établies entre les différents motifs prohibés de discrimination sont le résultat de choix raisonnés ou si elles ne font que refléter des incohérences injustifiées¹⁴¹⁸. D. Schiek¹⁴¹⁹ ne semble pas partager ses interrogations et considère injustifiable la hiérarchie établie par le Constituant, arguant notamment que tous ces motifs peuvent être catégorisés comme des discriminations contre des personnes physiques que la majorité de la population perçoit comme « différentes » (« *ascribed otherness* »).

Ce dernier point de vue paraît exagéré en ce qu'il semble nier le droit du Constituant, ou du législateur, de faire des choix et de hiérarchiser ses priorités. Pareils choix ont d'ailleurs été faits dès le début de la construction européenne. En 1957, seuls le sexe et la nationalité ont été interdits comme critères de discrimination¹⁴²⁰ et lorsque a été introduit l'actuel article 13 dans le traité, le Constituant a identifié un nombre limité de motifs de discrimination que le législateur pouvait combattre. En revanche, M. Bell a raison de souligner que cette hiérarchie entre les critères n'est peut-être pas nécessairement la conséquence de choix mûrement réfléchis. L'ambiguïté des relations entre les nouvelles dispositions de la Constitution, voire leur incohérence, est éminemment regrettable, et ne permet pas véritablement de déterminer avec la clarté suffisante les intentions réelles du Constituant.

Il est dès lors à souhaiter que la Cour de justice, déjà lorsqu'elle sera invitée à interpréter les directives 2000/43 et 2000/78, précisera le champ d'application de son action à l'égard de chacun des motifs de distinction et que son approche s'appuiera sur des considérations théoriques solides. Rien ne permet toutefois d'affirmer que tel sera le cas.

Tout d'abord, l'attitude actuelle du Tribunal, qui dans le contentieux de la fonction publique analyse tout motif de distinction selon une approche identique, n'incite pas à l'optimisme. Il est en effet évident qu'une hiérarchisation des motifs de distinction, et par répercussion une modulation de la rigueur du contrôle judiciaire exercé sur les causes de leur justification possible, implique de respecter celle-ci dans tous les cas particuliers qui se présentent sous peine d'incohérence entre la règle et son application.

¹⁴¹⁷ Article I-2 : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes » ; Article II-81, paragraphe 2 : « Dans le domaine d'application de la Constitution et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ».

¹⁴¹⁸ P. 260.

¹⁴¹⁹ « A new Framework ... », pp. 308 à 311.

¹⁴²⁰ Et la même valeur ne fut pas attribuée aux deux (voy. les conclusions de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire *Defrenne II*).

Or, à cet égard, l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice, particulièrement au cours des dix ou quinze dernières années, montre qu'elle adopte une démarche casuistique détachée de toute contrainte théorique (voy. *supra*, I^{ère} Partie, chap. II). Dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, sa jurisprudence sur la notion même de discrimination est, depuis la fin des années quatre-vingt, parsemée d'incohérences. Jusqu'alors, elle raisonnait uniquement en termes de discriminations, directes ou indirectes, et dès lors qu'elle aboutissait au constat d'une discrimination, celle-ci ne pouvait être justifiée que par un des motifs expressément prévus par le traité¹⁴²¹. A cette époque, elle a toutefois commencé, en adoptant le raisonnement appliqué dans la libre circulation des marchandises (arrêt *Cassis de Dijon*¹⁴²²), à qualifier de *restrictions* ou d'*entraves* des mesures contenant manifestement une discrimination *indirecte* fondée sur la nationalité (arrêts *Gouda et Kraus*)¹⁴²³, et à admettre que ces entraves puissent être justifiées par des raisons impérieuses, dont la liste est infinie. Elle a toutefois posé comme première condition que les mesures en cause ne créent pas de *discrimination*, tout en dénaturant le sens de ce concept pour le restreindre, implicitement et sans aucune motivation, à celui de discrimination *directe*. Elle a dans le même temps commencé à admettre que des discriminations *indirectes* puissent être justifiées par des raisons impérieuses (arrêt *Bachmann*), pour, plus récemment, finalement aussi accepter que des mesures, qualifiées d'*entraves*, mais créant une discrimination *directe*, soient également justifiables par des raisons impérieuses (arrêt *Futura Participations*, en ce qui concerne le droit d'établissement¹⁴²⁴; arrêt *Lindman*, pour la libre prestation des services¹⁴²⁵ et arrêt *Lenz*, s'agissant de la libre circulation des capitaux¹⁴²⁶).

La Cour de justice n'a toutefois jamais expliqué pourquoi une mesure créant une discrimination indirecte était parfois examinée sous cet angle ou parfois sous l'angle d'une restriction. Elle n'a jamais non plus expliqué les raisons ayant motivé qu'elle accepte, après vingt ans de jurisprudence constante, que des discriminations directes fondées sur la nationalité (ou le siège du prestataire, dans le cadre de l'article 49 CE) sont également justifiables par des raisons impérieuses. Cette absence de détermination d'un cadre fixe de raisonnement explique, au moins partiellement, pourquoi elle continue, rarement cependant, à affirmer qu'une discrimination *directe* (arrêts *Royal Bank of*

¹⁴²¹ Arrêt *Ugliola*, point 6 (libre circulation des travailleurs) et arrêt *Koestler*, point 5 (libre prestation des services).

¹⁴²² Pour une présentation détaillée de cet arrêt, voy. p. 68.

¹⁴²³ Pour une présentation détaillée de ces arrêts, voy. respectivement p. 97 et 108.

¹⁴²⁴ La réglementation luxembourgeoise refusait qu'une société contribuable non résidente puisse reporter une perte dans sa déclaration d'impôt.

¹⁴²⁵ La législation finlandaise réservait un traitement fiscal différent aux loteries étrangères; pour une présentation de cet arrêt, voy. p. 132.

¹⁴²⁶ La réglementation autrichienne subordonnait l'application d'un taux d'imposition libératoire de 25% ou de taux réduit de moitié sur les revenus de capitaux à la condition que ces revenus soient d'origine autrichienne.

Scotland¹⁴²⁷ et *Commission c. Italie* (« accès aux musées » - C-388/01)¹⁴²⁸, mais aussi une discrimination *indirecte* (arrêt *Ciola*)¹⁴²⁹, et même une entrave qui créerait (seulement) une discrimination *indirecte* (arrêt *Gambelli*)¹⁴³⁰, ne peuvent être justifiées par une raison impérieuse.

Sous réserve de ces « exceptions », la Cour de justice ne semble donc plus établir de hiérarchie entre discrimination *directe*, discrimination *indirecte* et *entrave* et paraît au contraire permettre que toutes puissent être justifiées par les mêmes raisons impérieuses.

La confrontation de la jurisprudence relative à libre circulation avec celle portant sur l'égalité entre hommes et femmes renforce le sentiment de scepticisme. Nationalité et sexe sont deux critères justifiant un *strict scrutiny test*, rigide ou intermédiaire respectivement, par la Cour suprême US, mais celle-ci a expliqué¹⁴³¹ les raisons de son approche différenciée, que l'on pourrait d'ailleurs contester¹⁴³². Ils figurent également au rang des critères de distinction que la Cour européenne des droits de l'homme a considérés comme ne pouvant être justifiés que par des considérations très fortes. Certes, la motivation de son approche est particulièrement laconique¹⁴³³, et par ailleurs sa jurisprudence n'est pas toujours cohérente avec ses affirmations théoriques (voy. *ci-dessus*).

En droit communautaire, la situation semble plus chaotique. La Cour de justice se montre plus stricte quant aux causes de justification avancées pour justifier une différence de traitement *déguisée*

¹⁴²⁷ La législation grecque excluait, pour les sociétés ayant leur siège dans un autre État membre et exerçant des activités en Grèce par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, la possibilité, reconnue aux seules sociétés ayant leur siège en Grèce, de bénéficier d'un taux d'impôt inférieur sur les bénéfices.

¹⁴²⁸ La législation italienne réservait aux seuls nationaux certains avantages tarifaires en matière d'accès aux musées. Sur base de cet arrêt, il pourrait être tentant de conclure que s'agissant des discriminations directes opérées à l'encontre de personnes *physiques*, la Cour de justice n'admet pas que celles-ci puissent être justifiées par des raisons impérieuses. Les arrêts *Bosman* et *Lindman* ne permettent pas de corroborer cette conclusion, laquelle appelle donc confirmation ... et une motivation appropriée.

¹⁴²⁹ La législation autrichienne restreignait le nombre des emplacements de mouillage susceptibles d'être attribués à des propriétaires de bateaux non résidents.

¹⁴³⁰ Législation italienne interdisant la collecte de paris sportifs, sauf par l'organisme ayant reçu une homologation pour l'exercice de cette activité ; pour une présentation de cet arrêt, voy. p. 123.

¹⁴³¹ Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voy. respectivement p. 280 et 285.

¹⁴³² Dans l'arrêt *Michael M.*, le juge Stewart affirmait (p. 378) que « *detrimental racial classifications by government always violate the Constitution, for the simple reason that, so far as the Constitution is concerned, people of different races are always similarly situated. By contrast, while detrimental gender classifications by government often violate the Constitution, they do not always do so, for the reason that there are differences between males and females that the Constitution necessarily recognizes* » et dans l'arrêt *VMI*, la juge Ginsburg déclarait « *the heightened review standard our precedent establishes does not make sex a proscribed classification. Supposed "inherent differences" are no longer accepted as a ground for race or national origin classifications. Physical differences between men and women, however, are enduring* ». Si la formulation de cet arrêt *VMI* a pu laisser penser que les classifications fondées sur le sexe étaient également soumises au même *test review* le plus rigoureux que la race, l'arrêt *Nguyen* a démenti cet espoir.

¹⁴³³ Ainsi dans *Gaygusuz*, elle se borne à affirmer que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité (para. 42) et dans *Abdulaziz*, elle n'offre guère plus de motivation en déclarant que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules*

fondée sur la nationalité qu'une distinction opérée indirectement en fonction du sexe¹⁴³⁴. Elle n'a toutefois jamais fourni la moindre motivation pour justifier cette approche différenciée. L'avocat général Lenz a tenté, en 1996, d'expliquer celle-ci par de simples raisons pratiques¹⁴³⁵. Vingt ans auparavant, l'avocat général Trabucchi avait quant à lui considéré qu'à la différence de la libre circulation des personnes, le principe de l'égalité des salaires n'est pas inscrit parmi les objectifs fondamentaux du traité (arrêt *Defrenne II*). Cette affirmation, peut-être valable il y a près de trente ans, ne peut plus aujourd'hui justifier cette différence d'approche, la Cour ayant considéré depuis longtemps que l'égalité entre hommes et femmes constitue un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire, et le pourra encore moins après l'entrée en vigueur de la Constitution, celle-ci ayant encore renforcé la valeur de l'égalité entre hommes et femmes.

En revanche, si la Cour de justice a admis, ces dernières années, que des discriminations *directes* fondées sur la nationalité peuvent être justifiées par une raison impérieuse, elle a jusqu'à présent refusé pareille possibilité en cas de discrimination *directe* fondée sur le sexe (arrêt *Evrenopoulos*). Cette discordance dans le raisonnement ne paraît pas facile à justifier sur le plan théorique.

Mais même dans ce seul domaine de l'égalité entre hommes et femmes, son approche casuistique peut parfois laisser sceptique quant à la réalité pratique de l'affirmation théorique que l'égalité entre hommes et femmes est un principe fondamental du droit communautaire. Tous ses arrêts appliquent un raisonnement classique de non-discrimination, sans donner l'impression qu'ils sont construits sur cette prémisse. Cela mène parfois à des conclusions qui peuvent sembler difficilement conciliables avec le caractère prétendument fondamental de ce principe.

Ainsi, dans l'arrêt *Allonby*, de 2004, la Cour ne voit aucune violation du principe d'égalité de rémunération dans le cas d'une femme dont le contrat de travail avec une entreprise n'a pas été reconduit et qui est aussitôt mise à la disposition de son précédent employeur, par l'intermédiaire

des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe » (para. 78).

¹⁴³⁴ *Comp.* l'arrêt *CaixaBank*, dans le domaine du droit d'établissement et l'arrêt *Jørgensen* dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. Dans *CaixaBank*, elle impose au législateur français sa propre vision économique en estimant que la législation française interdisant la rémunération des comptes à vue constitue une restriction contraire à l'article 43 CE - parce qu'elle constitue un obstacle à l'exercice des activités des filiales d'institutions de crédit d'autres Etats membres -, et que le souci d'encourager l'épargne à long terme est peut-être une raison impérieuse, mais que l'interdiction en cause « n'en demeure pas moins » une mesure allant au-delà de ce qui est nécessaire sans donner la moindre motivation à son approche (point 23). Dans *Jørgensen*, elle confirme sa jurisprudence constante dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, selon laquelle « la politique sociale relève des Etats membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale et les modalités concrètes de leur réalisation » (point 41).

¹⁴³⁵ « Pour ce qui est de l'égalité de traitement entre l'homme et la femme, il est possible d'envisager de nombreux cas où il existe un doute réel sur la question de savoir si une certaine règle désavantage les femmes ou les hommes. Dans ces cas, il est raisonnable de ne parler de discrimination à l'égard d'un sexe que si la réglementation litigieuse concerne beaucoup plus de femmes que d'hommes » (point 27 de ses conclusions dans l'affaire *O'Flynn*).

d'une autre entreprise, pour fournir les mêmes prestations, car sa situation ne relèverait pas de l'article 141 du traité, puisque, les hommes auxquels elle se compare continuant à travailler pour le précédent employeur, l'inégalité de traitement ne pourrait être attribuée à une source unique. Si, sur le plan strictement formel, cette conclusion n'est pas discutable, elle paraît en revanche peu cohérente avec l'affirmation du caractère fondamental du principe de non-discrimination fondée sur le sexe dans une situation où l'opération réalisée par l'employeur avait explicitement pour objectif de réduire la rémunération des travailleurs réembauchés via l'entreprise intermédiaire¹⁴³⁶. Plus encore, en 2003, dans l'affaire *Rinke*, l'intéressée se plaignait d'une discrimination indirecte concernant les conditions posées par le droit communautaire dérivé pour l'obtention d'un diplôme en médecine générale, et notamment l'exigence d'effectuer certains stages à plein temps. La Cour réaffirme certes que le principe d'égalité entre hommes et femmes est un principe fondamental du droit communautaire, mais ajoute que la condition en cause poursuivant un objectif de santé publique, le législateur communautaire doit se voir reconnaître « une large marge d'appréciation », dont la seule limite est qu'elle ne peut vider de sa substance le principe d'égalité (point 39). En pratique, cela signifie néanmoins que le principe d'interdiction de discrimination fondée sur le sexe est traité comme n'importe quel autre motif de distinction le serait, sans égard au caractère fondamental de l'égalité entre les sexes, et donc sans que la Cour ne pratique un examen plus strict de la raison impérieuse invoquée pour justifier la discrimination indirecte¹⁴³⁷.

Si la multiplication, d'ores et déjà réalisée, des griefs prohibés de discrimination et l'entrée en vigueur (future) de la Constitution européenne rendent donc particulièrement souhaitable l'affirmation d'une hiérarchisation, théoriquement justifiée, des différents motifs de distinction, il peut être craint que ce pas ne sera pas franchi par la Cour. Une telle évolution l'obligerait en tout cas à abandonner, ou en tout cas à limiter fortement, son approche casuistique discrétionnaire. Il faut dans ce contexte admettre que le fait que le législateur lui-même ait rédigé les directives 2000/43 et 2000/78¹⁴³⁸, fondées sur l'article 13 du traité, par emprunt de concepts de la directive 76/207, interdisant les discriminations fondées sur le sexe, ... puis ait modifié cette dernière directive par emprunt de concepts introduits dans les directives 2000/43 et 2000/78, ... puis ait adopté une directive (2004/113), étendant l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe à l'accès aux biens et services, par

¹⁴³⁶ S. Prechal (p. 547) parle d'un raisonnement « très regrettable » et S. Fredman, « Marginalising Equal Pay Laws », 33 *Industrial Law Journal*, (2004), pp. 281 et 282, d'un résultat « renversant dans sa rigueur ».

¹⁴³⁷ Dans ses conclusions, l'avocat général Geelhoed note fort justement que la Cour n'aménage pas la charge de la preuve : dès lors que l'intéressée avait établi un cas de discrimination apparente, il appartenait au Conseil de prouver que cette discrimination était objectivement justifiée. Or, comme il le note également, la Cour ne s'est généralement pas satisfaite de considérations vagues et générales et les arguments avancés par le Conseil ne dépassaient pas ce niveau. Il fait en outre remarquer que l'exigence d'une formation à temps plein pouvant conditionner l'accès au marché du travail lui-même, les justifications avancées devraient être analysées strictement. Dans son arrêt, la Cour ne répond à aucun de ces arguments. S. Prechal (p. 549) parle d'un raisonnement aboutissant à nier le caractère fondamental du principe de non-discrimination.

emprunt, soit à la directive 76/207, telle que modifiée en 2002, soit à la directive 2000/43, soit à la directive 2000/78, sans qu'il soit toujours possible d'expliquer le pourquoi du recours à l'une plutôt qu'à l'autre, ne constitue à l'évidence pas un incitant pour la Cour à procéder à une telle hiérarchisation des griefs de discrimination.

Ainsi, dans le cadre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi, le législateur a prévu, en 2002, que lorsqu'ils déterminent les compensations auxquelles peuvent éventuellement avoir droit les victimes d'une discrimination, les Etats membres ne peuvent fixer un plafond maximal a priori au montant d'une telle compensation¹⁴³⁹. En revanche, le législateur n'a pas inséré une disposition similaire dans la directive 2000/43 au profit des personnes victimes d'une discrimination fondée sur la race, quel que soit le domaine dans lequel cette discrimination intervient. Il l'a néanmoins réintroduite¹⁴⁴⁰ dans la directive interdisant la discrimination entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services. Il serait pourtant contraire à la réalité de soutenir que le législateur a sciemment voulu sanctionner plus durement les discriminations fondées sur le sexe que celles qui le sont sur la race.

II – La pertinence de la distinction entre discriminations directes et indirectes

Tous les systèmes juridiques étudiés connaissent la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte. Les conditions d'application de l'une et de l'autre ou les effets pratiques de cette distinction varient toutefois beaucoup d'un système à l'autre.

a) Régime de la discrimination directe

En droit communautaire, une discrimination est directe lorsqu'elle est fondée expressément sur la nationalité ou le sexe d'un individu (ou le siège d'une entreprise). Cette constatation – presque une évidence – semble toutefois devoir être parfois relativisée. Ainsi, la Cour de justice semble considérer que ne constitue pas une discrimination *directe* fondée sur le sexe l'octroi d'un avantage réservé aux « personnes » ayant accompli leurs obligations militaires, dès lors que la classification n'opère pas explicitement selon le sexe des individus, même dans le cas où seuls des hommes peuvent légalement être assujettis à de telles obligations (arrêt *Schnorbus*)¹⁴⁴¹. De même, dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, l'abandon progressif de la notion de discrimination au profit de celle d'entrave a notamment eu pour conséquence que la Cour a qualifié d'entrave une mesure ouvertement discriminatoire (arrêt *Bosman* dans la libre circulation des travailleurs ; arrêt *Futura*

¹⁴³⁸ Pour une présentation détaillée de ces directives, voy. respectivement p. 180 et 183.

¹⁴³⁹ Une telle modification de la directive 76/207 (nouvel article 6, paragraphe 2) fait suite à l'arrêt *Draehmpaehl* de la Cour de justice.

¹⁴⁴⁰ A l'article 8, paragraphe 2, sous une formulation légèrement différente.

¹⁴⁴¹ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 140.

Participations dans le domaine du droit d'établissement ; arrêt *Lindman* dans celui de la libre prestation des services). Selon une jurisprudence en revanche absolument constante, l'existence d'une discrimination directe ne dépend nullement de la présence ou non d'une *intention discriminatoire*.

L'évolution la plus notable de la jurisprudence a indiscutablement trait à la possibilité de justifier un tel type de discrimination.

Dans la jurisprudence traditionnelle, la discrimination directe fondée sur la nationalité ne pouvait, dans le domaine de la libre circulation, être justifiée que par un des motifs expressément prévus par le traité, soit l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique¹⁴⁴², ainsi que, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la moralité publique, la santé et la vie des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale. Dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la sanction d'une telle discrimination était encore plus stricte puisque aucun motif, même tiré de la sécurité publique, ne pouvait la justifier, une telle réserve n'étant pas prévue par le traité dans ce domaine du droit communautaire (arrêt *Johnston*)¹⁴⁴³. L'évolution de la jurisprudence dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services implique qu'aujourd'hui des mesures directement discriminatoires sont également, au moins potentiellement, justifiables par toute raison impérieuse avancée par un Etat membre ou une entreprise. A l'inverse, la Cour a maintenu sa jurisprudence traditionnelle d'impossibilité de justification de la discrimination directe fondée sur le sexe (arrêt *Evrenopoulos*). Et dans la libre circulation des marchandises, les discriminations directes ne sont justifiables qu'au titre des réserves expresses du traité (arrêts *Pistre* et *Commission c. Grèce* (« produits pétroliers »- C-398/98, et surtout les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo, point 41). Dans les directives 2000/43 et 2000/78, le législateur a également donné du concept de discrimination directe une définition ne prévoyant pas la possibilité de justifier celle-ci. Mais dans une disposition séparée de la directive 2000/78, il a néanmoins prévu que l'interdiction de discrimination, directe ou indirecte, ne porte pas atteinte aux mesures nécessaires à la sécurité publique, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et des droits et libertés d'autrui¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴² Et encore le traité ne prévoit-il cette possibilité de justification que pour les droits (d'entrée et de séjour) visés au paragraphe 3 de l'article 39 et non pour le droit à l'égalité de traitement garanti par le paragraphe 2 de la même disposition ; voy. également *supra* texte sous note xxx.

¹⁴⁴³ La seule possibilité de justifier une discrimination directe consistait à invoquer la circonstance que le sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice de l'activité en cause (voy. article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207).

¹⁴⁴⁴ Il en va de même de la définition de la discrimination directe dans la directive 2004/113 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services. Toutefois, une autre disposition (article 4, paragraphe 4) prévoit la possibilité de justifier les différences de traitement directement fondée sur le sexe si « la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est

Nous nous trouvons donc dans une situation quelque peu surprenante. D'un côté, la Cour se montre plus stricte quant aux causes de justification avancées pour justifier une différence de traitement déguisée fondée sur la nationalité qu'une distinction opérée indirectement en fonction du sexe. En revanche, elle n'admet aucune cause de justification des différences de traitement directement fondées sur le sexe, alors que sa jurisprudence récente admet, de plus en plus fréquemment, que des raisons impérieuses puissent justifier les distinctions ouvertement fondées sur la nationalité ! En outre, alors que la possibilité de justifier par des raisons impérieuses les discriminations directes fondées sur la nationalité dans le domaine de la libre circulation des personnes et la libre prestation des services résulte de la jurisprudence récente, une telle évolution ne peut être constatée dans le domaine de la libre circulation des marchandises, alors que dans celui-ci plus encore que dans les deux autres libertés l'accent est mis sur la notion d'entrave !

Quelle est l'attitude des autres cours suprêmes face aux discriminations directes ?

L'attitude de la Cour suprême US quant à la notion de discrimination directe est fort différente de celle de la Cour de justice. Dans le cadre du principe d'égalité inscrit dans le 14^e Amendement, chaque motif de classification est régi en fonction du *test review* approprié et l'existence ou l'absence d'une intention discriminatoire est également un élément dénué de pertinence. Mais dans chaque *test review*, du plus souple au plus strict, toute cause de justification avancée pour soutenir la différence de traitement est, théoriquement, examinable. Sa prise en compte dépend bien sûr de la rigueur du test applicable, de sorte que, par exemple, une discrimination directe fondée sur la race n'a virtuellement aucune chance d'être justifiable (*strict in theory, fatal in fact*), sauf en matière d'*affirmative action*¹⁴⁴⁵. En revanche, il n'est pas rare que des discriminations directes fondées sur le sexe puissent l'être, une marge de manœuvre, dont l'étendue est variable, étant reconnue au gouvernement fédéral ou aux états dans l'appréciation de l'objectif impérieux (*important governmental objective*) et des moyens, discriminatoires, utilisés qui doivent être substantiellement liés à la réalisation de cet objectif (arrêt *Nguyen*)¹⁴⁴⁶.

justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires », comme la directive 2000/78 prévoit la possibilité de justifier, dans une disposition séparée (article 6), les différences de traitement directement fondées sur l'âge.

¹⁴⁴⁵ Au moins dans le domaine de l'éducation, la Cour suprême US a admis que des objectifs gouvernementaux impérieux peuvent justifier, si les moyens utilisés pour les réaliser sont strictement proportionnés, les discriminations directes au profit des membres de minorités ethniques (arrêt *Gratz*).

¹⁴⁴⁶ Selon la législation en vigueur, la citoyenneté américaine n'est conférée à un enfant né hors mariage en dehors des Etats-Unis, que si la mère possède elle-même la citoyenneté américaine. La Cour suprême US conclut à la constitutionnalité de la discrimination fondée sur le sexe en raison des raisons impérieuses avancées. Le premier de ces *governmental interest* était l'importance d'assurer qu'une relation biologique parent - enfant existe. La relation avec la mère est vérifiable au moment de la naissance elle-même et peut être prouvée par le certificat de naissance, les registres de l'hôpital et les témoins de la naissance. A l'inverse, le père n'est pas nécessairement présent à la naissance et sa présence n'est pas une preuve irréfutable de sa paternité. Le second

En revanche, dans le cadre du Titre VII, et donc essentiellement lorsque la discrimination alléguée est le fait d'un employeur privé, le rapport de la preuve d'une *intention discriminatoire* est une condition indispensable pour établir une discrimination directe¹⁴⁴⁷ (arrêt *Desert Palace v. Costa*, mais ce dernier laisse aussi clairement entendre qu'une preuve indirecte, circonstancielle de l'intention discriminatoire suffit¹⁴⁴⁸) que celle-ci soit fondée sur la race, le sexe, la religion ou l'origine nationale. En outre, la Cour suprême US impose un aménagement de la charge de la preuve. Le demandeur doit établir un cas de discrimination apparente (*prima facie*), ce qui oblige alors l'entreprise défenderesse à prouver que la différence de traitement opérée n'était pas motivée par la race ou le sexe de l'intéressé. Si la discrimination directe n'est donc pas, en tant que telle, justifiable, son existence même dépend du rapport de la preuve que la justification avancée pour justifier la différence de traitement n'est qu'un prétexte dissimulant une intention discriminatoire. La Cour suprême US semble donc plus exigeante à l'égard de l'Etat qu'elle ne l'est à l'égard des entreprises.

La distinction établie en 1991 par la High Court australienne dans l'arrêt *Waters* entre discriminations directes et indirectes s'appuie explicitement sur la jurisprudence de la Cour suprême US dans le cadre du Titre VII. Pourtant, à la différence de cette dernière, la High Court et la Federal Court australiennes n'accordent aucun rôle à l'intention discriminatoire, de sorte que son existence ne doit être ni recherchée ni a fortiori prouvée pour établir une discrimination directe, la High Court s'appuyant sur ce point sur la jurisprudence de la House of Lords britannique (arrêts *Banovic* et *Waters*). Par conséquent, a-t-elle conclu, la question de savoir si la différence de traitement peut être justifiée parce qu'elle est « raisonnable eu égard aux circonstances » ne se pose pas. L'élément essentiel de l'analyse est d'établir l'existence d'un lien causal identifiable entre le motif de la différence de traitement alléguée et la décision ou l'acte servant de base à l'allégation de discrimination.

Les systèmes mis en place par la Cour suprême du Canada et la Cour européenne des droits de l'homme se distinguent par le fait qu'aucune conséquence ne dérive du caractère direct de la discrimination constatée (Canada – arrêt *Meiorin*)¹⁴⁴⁹. Qu'elle soit directe ou indirecte, celle-ci

governmental interest était la nécessité de s'assurer que l'enfant et le parent citoyen américain ont une chance, démontrable, de développer une relation qui consiste en des liens réels, quotidiens, fournissant une connexion entre l'enfant et le parent citoyen, et par suite, avec les Etats-Unis. Une telle chance serait inhérente dans l'événement même de la naissance dans le cas d'une mère citoyenne américaine, alors qu'une telle « inévitabilité » biologique ne pourrait exister dans le cas du père citoyen américain.

¹⁴⁴⁷ Il est toutefois important de souligner que les concepts de *individual disparate treatment* et de *systemic disparate treatment* ne peuvent être entièrement assimilés à la notion de discrimination directe, telle qu'elle est entendue en droit communautaire (voy. II^e Partie, B, 3.bxx). Il convient de garder cette précision à l'esprit lors de la comparaison entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour suprême US.

¹⁴⁴⁸ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 340.

¹⁴⁴⁹ « La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste: l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination

emporte toujours les mêmes conséquences. Cela signifie notamment que les discriminations directes sont donc justifiables. Et comme la Cour suprême du Canada ne semble établir aucune hiérarchie entre les motifs de distinction (voy. *ci-dessus*), cela implique que même les différences de traitement fondées sur l'origine ethnique ou le sexe sont soumises à un *test de Oakes* classique, c'est-à-dire à une possibilité de justification au titre de l'article premier de la *Charte*¹⁴⁵⁰. Si la Cour européenne des droits de l'homme a établi que les discriminations même directement fondées sur certains motifs, tels la nationalité et le sexe, ne peuvent être justifiées que par des considérations très fortes, un examen attentif de sa jurisprudence montre toutefois que la prise en compte ou non de ces considérations reposent souvent sur un examen discrétionnaire (voy. *ci-dessus*).

b) Régime de la discrimination indirecte

En droit communautaire, une discrimination indirecte est une discrimination fondée sur un critère d'apparence neutre, mais aboutissant au même résultat qu'une discrimination fondée sur un critère expressément prohibé.¹⁴⁵¹ Dans la jurisprudence traditionnelle dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, la distinction n'importait aucune différence de régime. Qu'elle soit directe ou indirecte, la discrimination n'était justifiable que par les motifs expressément prévus par le traité. En revanche, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, les discriminations indirectes ont, depuis l'arrêt initial prohibant celles-ci (arrêt *Jenkins*), pu être justifiées par des « circonstances objectives non liées au sexe ».

Une fois encore, la comparaison avec les jurisprudences des autres cours suprêmes révèle des approches fort divergentes.

Dans le cadre du 14^e Amendement, la Cour suprême US distingue entre classifications opérant directement sur un critère spécifique et classifications ne reposant que de manière indirecte sur un tel critère, et cela même à propos des classifications affectant un droit fondamental ou un groupe protégé. Dans ce dernier cas, il ne suffit pas de démontrer qu'une mesure législative a un impact racial disproportionné, il faut, en outre, que soit *prouvée* une *intention* de discrimination raciale (arrêt

formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre » (para. 29).

¹⁴⁵⁰ (1^o) L'objectif poursuivi par la règle de droit doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Charte. Il faut donc qu'à tout le moins cet objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles ; (2^o) S'il est reconnu que cet objectif est suffisamment important, la partie qui l'invoque doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Selon les termes mêmes de l'arrêt *Oakes*, cela nécessite l'application d'une « sorte de critère de proportionnalité ». Ainsi, dans l'arrêt *Terre-Neuve c. N.A.P.E.*, la Cour suprême du Canada estime une discrimination directement fondée sur le sexe en matière salariale justifiable au titre de l'article premier en raison de contraintes budgétaires.

¹⁴⁵¹ V. Martenet, p. 99, la qualifie de discrimination *au-delà* de la loi.

Washington v. Davis)¹⁴⁵². S'agissant du Titre VII du *Civil Rights Act 1964*, lequel ne contient, à l'adresse des employeurs, qu'une interdiction de discrimination limitée à quatre griefs (race, sexe, religion et origine nationale), elle estime au contraire que l'intention du législateur ayant été la suppression des obstacles arbitraires à l'emploi, cela exige que soient aussi interdites les discriminations indirectes (*systemic disparate impact*), sans qu'il soit requis de démontrer une intention discriminatoire de la part de l'employeur. Le constat de l'existence d'une telle discrimination indirecte a toutefois été rendu plus difficile par la Cour suprême US à partir des années quatre-vingt (arrêt *Wards Cove*). Celle-ci a en effet considérablement accru la charge de la preuve incombant au plaignant pour établir l'existence d'une discrimination apparente. En pratique, cette nouvelle répartition de la charge de la preuve semble s'être traduite par un tarissement devant les tribunaux fédéraux des plaintes fondées sur l'existence d'une discrimination indirecte. Sa jurisprudence tant sur le 14^e Amendement que sur le Titre VII semble donc démontrer une certaine réticence à condamner les discriminations indirectes.

En outre, on peut noter un recours asymétrique à l'obligation de rapporter la preuve d'une intention discriminatoire. S'agissant de la discrimination *directe*, la Cour suprême US ne l'exige pas dans le cadre du principe d'égalité du 14^e Amendement, mais la requiert dans l'application du Titre VII. En revanche, en présence d'une discrimination *indirecte*, cette preuve est requise dans le 14^e Amendement, mais elle ne l'est pas dans le Titre VII !

En Australie, une différence de traitement fondée sur un critère d'apparence neutre ne sera pas jugée indirectement discriminatoire si elle est « raisonnable » (arrêt *Commonwealth Bank of Australia v. HREOC* de la Federal Court¹⁴⁵³). Les juridictions australiennes n'examinent donc pas des raisons impérieuses en tant que telles, mais le caractère raisonnable de la différence de traitement. Cette approche n'est pas plus objective. Comme la High Court l'a admis elle-même dans *Waters*, la détermination de ce qui est ou non raisonnable inclut un élément de grande discrétion.

Ainsi qu'indiqué *ci-dessus*, la Cour suprême du Canada et la Cour européenne des droits de l'homme ne distinguent pas entre discriminations directes et indirectes. Les deux sont justifiables. Selon la Cour suprême du Canada, la distinction entre les deux types de discrimination est artificielle et irréaliste. Dans l'affaire *Meiorin* de 1999, elle argua qu'un employeur souhaitant discriminer cherchera inévitablement à dissimuler celle-ci derrière le paravent d'une formulation neutre de la mesure en cause.

¹⁴⁵² Deux citoyens américains noirs attaquaient les méthodes de recrutement de la police de Washington D.C. au motif que le test personnel pratiqué, destiné à déterminer le niveau d'aptitude verbale, était sans relation avec l'exécution des tâches à effectuer dans la police et aboutissait à exclure un nombre proportionnellement plus

Qu'en est-il aujourd'hui en droit communautaire ?

Dans le domaine de la libre circulation des *personnes* et de la libre prestation des *services*, le renversement de la jurisprudence est total, puisque les discriminations tant indirectes – explicitement – que directes – plus implicitement – sont, dans la très grande majorité des arrêts, aujourd'hui justifiables aux yeux de la Cour par des raisons impérieuses, alors qu'aucune ne l'était il y a vingt ans ! L'approche casuistique adoptée mène toutefois à de telles incohérences et manque à ce point de références théoriques que l'avocat général Tesaro, dans l'affaire *Kohll*, et plusieurs autres avocats généraux à sa suite (Albert dans *Bosal Holding* et Stix-Hackl dans *Lindman*), ont invité la Cour à repenser sa jurisprudence.

Dans le domaine de la libre circulation des *marchandises*, la Cour continue à accepter d'examiner les raisons impératives avancées pour justifier les mesures indirectement discriminatoires (arrêt *Morellato 2*), mais refuse d'examiner celles présentées pour justifier les discriminations directes (arrêt *Pistre*). Cela n'empêche pas tant certains avocats généraux, en particulier F. Jacobs¹⁴⁵⁴, que certains auteurs, notamment P. Oliver¹⁴⁵⁵, de plaider pour la possibilité de justifier également les mesures formellement distinctement applicables par de telles raisons impératives. Par contre, aucune raison impérieuse ne peut justifier les discriminations, directes ou indirectes, dans le domaine des impositions intérieures (arrêt *Grundig Italiana*).

Si dans le domaine de l'égalité entre *hommes et femmes*, la distinction entre les deux types de discrimination est maintenue, la Cour est parfois obligée de se livrer à des raisonnements à tout le moins contestables – une mesure, telle l'obligation d'effectuer son service militaire, affectant 100% des personnes appartenant à un sexe n'est pas directement discriminatoire si elle n'est pas fondée expressément sur le sexe (arrêt *Schnorbus*) – pour pouvoir examiner les circonstances objectives justifiant la différence de traitement.

La distinction entre discriminations directes et indirectes est-elle dès lors encore justifiée ?

S'il était considéré qu'il est justifié d'abolir la distinction, *en ce sens que toute discrimination est justifiable*, cela ne signifie pas que la distinction perdrait toute son utilité. Dans le domaine de la libre circulation des personnes, la Cour a « résolu » le problème en qualifiant les deux types de

élevé de candidats noirs. La Cour suprême US jugea que l'impact racial disproportionné du test, lequel était d'apparence neutre, ne suffisait pas à établir qu'il avait un objectif discriminatoire (p. 246).

¹⁴⁵³ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 437.

¹⁴⁵⁴ Dans le domaine de la libre circulation des marchandises (affaire *Preussen Elektra*), mais aussi dans celui de la libre prestation des services (affaire *Danner*).

¹⁴⁵⁵ « Goods and services ... », p. 1403. W.H. Roth, p. 12, prône une même attitude dans le domaine du droit d'établissement.

discrimination d'*entraves*. Toute discrimination étant une entrave, elle est justifiable et la Cour, de manière discrétionnaire et casuistique, décide quelle entrave est ou non justifiée.

Si la conclusion quant à l'existence ou non d'une discrimination doit, in fine, se faire dans un contexte non seulement juridique, mais sociétal défini, de sorte que ce qui peut être jugé discriminatoire dans une partie du monde ne doit pas nécessairement l'être dans une autre¹⁴⁵⁶, il n'en demeure pas moins que le raisonnement utilisé doit se fonder sur un ensemble de règles claires et prévisibles, et non uniquement en fonction de considérations discrétionnaires du juge faisant prévaloir son *jugement de valeur* sur celui du législateur.

A cet égard, plusieurs éléments guidant les autres cours suprêmes devraient pouvoir inspirer la Cour de justice. On pourrait par exemple s'interroger sur le point de savoir si l'*intention discriminatoire* est un élément à prendre en considération dans le cas d'une discrimination *indirecte*. Ainsi, imaginons un Etat membre refusant l'octroi d'un avantage social, tel le minimex, en fonction de la nationalité. Un tel refus constituerait une discrimination directe, difficilement justifiable, même par une raison impérieuse. Imaginons que pour se conformer à l'arrêt de la Cour de justice qui l'aurait condamné, cet Etat membre subordonne l'octroi de cet avantage non plus à une condition de nationalité, mais à une condition de durée de résidence sur son territoire. Cette discrimination indirecte devrait-elle faire l'objet d'un examen moins strict ? Dès lors que l'intention discriminatoire resterait évidente, il doit pouvoir être argué que non¹⁴⁵⁷.

La Cour de justice semble pourtant adopter une approche inverse. Dans l'arrêt *Portugaia Construções*¹⁴⁵⁸, elle a ainsi décidé que même si les travaux préparatoires d'une loi allemande révèlent, de manière indiscutable, qu'elle a pour objectif de protéger les entreprises nationales de la concurrence étrangère, elle a jugé que cette intention ne peut être déterminante dans son analyse et qu'il convient de mesurer si cette loi ne permet pas, objectivement, d'atteindre la raison impérieuse, de protection des travailleurs en l'occurrence, avancée. Cette approche signifie, en pratique, que la Cour apprécie de manière souple une mesure formellement indirectement discriminatoire, mais adoptée avec la même intention discriminatoire que si elle était directement fondée sur la nationalité.

Il ne s'agirait donc pas, comme le fait la Cour suprême US dans le cadre du Titre VII à propos des discriminations directes, de faire dépendre, en droit communautaire, l'existence d'une discrimination indirecte de l'existence d'une intention discriminatoire, mais en présence d'une telle intention,

¹⁴⁵⁶ O.M. Anardottir (p. 13) a raison de souligner, en s'appuyant sur de nombreux auteurs (textes sous note (45) et (46)), que si toutes les théories sur l'organisation de la société sont fondées sur une certaine idée de l'égalité, ce n'est pas nécessairement sur la même idée, de sorte que, in fine, déterminer ce qui est discriminatoire ou non repose sur un jugement de valeur.

¹⁴⁵⁷ *Contra* W.H. Roth, p. 11.

¹⁴⁵⁸ Confirmé par l'arrêt *Wolff & Müller*.

d'assimiler cette discrimination à une discrimination directe, soumise à une approche stricte quant à sa justification éventuelle.

La hiérarchisation des motifs de discrimination pratiquée par la Cour suprême US dans le cadre du 14^e Amendement et, de manière plus floue, par la Cour européenne des droits de l'homme devrait également fournir un critère utile pour déterminer le raisonnement à adopter. Même lorsqu'elle n'est fondée qu'indirectement sur la race, une discrimination peut-elle faire l'objet d'une attitude plus souple quant à sa justification ?

Une hiérarchisation motivée des griefs de distinction, couplée à la formulation de critères clairs expliquant, et justifiant, quelles raisons impérieuses peuvent justifier respectivement les discriminations directes, indirectes et les entraves, rendant ainsi à ces notions un sens précis et distinct, permettraient certainement de renforcer la légitimité de l'autonomie du raisonnement juridique de la Cour de justice lorsqu'elle interprète les concepts d'égalité et de non-discrimination.

Par ailleurs, dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, la directive 2004/113, sur l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et service, rendra plus difficile le maintien de la distinction¹⁴⁵⁹. En toute hypothèse, en refusant, dans tous les cas, d'examiner si une différence de traitement explicitement fondée sur le sexe peut être justifiée par une circonstance objective, la Cour de justice ne s'écarte-t-elle pas de la définition du principe de non-discrimination telle qu'elle résulte de sa propre jurisprudence (arrêt *Rückdeschel*)¹⁴⁶⁰ ? Par ailleurs, il est vraisemblable que les nouveaux griefs prohibés de discrimination – race, religion, âge, handicap, orientation sexuelle – rendront encore plus difficile le maintien de la distinction¹⁴⁶¹. Ainsi, par exemple, la loi française de 2004 relative à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics, laquelle interdit les « signes et tenues qui manifestent ostensiblement l'appartenance religieuse des élèves », semble contenir une discrimination directe fondée sur la religion contraire au droit communautaire¹⁴⁶² (voy. aussi *ci-dessus*). Etant directe¹⁴⁶³, cette discrimination n'est en principe

¹⁴⁵⁹ Les cas dans lesquels une différence de traitement directement fondée sur le sexe intervient lors de la fourniture d'un services ou d'un bien sont nombreux. D'ailleurs, la directive prévoit elle-même, dans son article 4, paragraphe 4, que certaines circonstances peuvent justifier des différences de traitement ouvertement fondées sur le sexe.

¹⁴⁶⁰ Voy. *supra*, Ière Partie, chap. I, section 2.

¹⁴⁶¹ Cette question de la justification possible d'une discrimination *directement* fondée sur le sexe semble encore taboue, même en doctrine ; voy. J. Bowers et E. Moran, « Justification in Direct Sex Discrimination Law », 31 *Industrial Law Journal*, (2002), p. 307, la réponse apportée par T. Gill et K. Monaghan, « Justification in Direct Sex Discrimination Law : Taboo Upheld », 32 *Industrial Law Journal*, (2003), p. 115 et la réplique de J. Bowers et E. Moran, « Justification in Direct Sex Discrimination », 32 *Industrial Law Journal*, (2003), p. 18. S.Prechal (p. 545) admet que la jurisprudence prohibant la justification des discriminations directes aboutit parfois à des solutions trop rigides et est susceptible de produire un « effet pervers ».

¹⁴⁶² Compte tenu de la portée extensive de la notion de formation professionnelle retenue par la Cour dans l'arrêt *Humbel*.

pas justifiable¹⁴⁶⁴. Il semble pourtant que la France devrait pouvoir faire valoir l'objectif important poursuivi par cette loi, à savoir celui de la laïcité « au cœur de l'identité républicaine de la France ». Admettre qu'une telle cause de justification ne puisse même pas être examinée serait déraisonnable, ce qui ne signifie bien sûr pas qu'elle doive nécessairement être considérée comme justifiant cette discrimination directe¹⁴⁶⁵.

L'entrée en vigueur de la Constitution européenne et du principe d'égalité devant la loi qu'elle contient ne fera qu'ajouter à la difficulté de maintenir la distinction entre les deux types de discrimination.

Section 4 – Égalité et non-discrimination : place et portée

Même si le législateur communautaire a affirmé qu'égalité et non-discrimination sont des principes universels, la place et la portée du principe d'égalité (§ 1) ou de ses expressions spécifiques d'interdiction de discrimination fondée sur certains motifs (§ 2) ne sont pas identiques dans tous les ordres juridiques ou dans la jurisprudence de toutes les cours suprêmes.

¹⁴⁶³ Au Québec, cette discrimination a été jugée indirecte par la Commission des droits de la personne, dans la mesure où l'interdiction du port du foulard islamique (*hidjab*) concerne toutes les élèves, mais a un effet discriminatoire sur celles dont la religion les oblige à porter celui-ci, voy. J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable ... », texte sous note (31). La qualification comme discrimination *indirecte* ne convainc pas puisque la mesure affecte exclusivement certaines élèves et directement en fonction de leur religion

¹⁴⁶⁴ Sauf par le biais d'une interprétation extensive de l'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78, selon lequel la directive ne porte pas atteinte aux « *mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Une telle interprétation extensive risquerait toutefois de dénaturer la portée, en droit communautaire, des termes « défense de l'ordre » ou « protection des droits d'autrui ». Dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne a laissé une marge de manœuvre assez grande aux États pour déterminer ce qui relève de « la défense de l'ordre », même si sa jurisprudence récente semble pouvoir être interprétée comme dénotant une attitude plus critique à cet égard (sur cette question, voy. C. Evans, pp. 149 à 155). En droit communautaire, la dérogation relative à l'ordre public a toujours fait l'objet d'une interprétation très restrictive. M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, pp. 115 et 116, estime que cette disposition, introduite à la fin des négociations au Conseil, pourrait avoir été inspirée par le souci de rassurer les États membres sur le fait que l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne peut être interprétée comme protégeant les pédophiles ou les personnes s'engageant dans un comportement sexuel illégal.

¹⁴⁶⁵ En effet, si l'objectif poursuivi est légitime, il pourrait sérieusement être argué que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre ne sont pas appropriés. En effet, si un tel objectif est aussi important pour la France, il paraît difficile d'expliquer pourquoi seuls les signes « ostensibles » d'appartenance à une religion sont interdits. À cet égard, la circonstance que sont interdits le voile islamique et la kippa, mais seulement les croix de « dimension manifestement excessive », semble confirmer le caractère non proportionné du moyen utilisé pour mettre en œuvre l'objectif poursuivi et créer, en outre, une discrimination entre religions.

§ 1 - Le principe d'égalité

Contrairement à ce que le législateur communautaire a cru pouvoir affirmer dans les considérants des directives 2000/43, 2000/78 et 2002/73, le principe d'égalité devant la loi n'est pas un « droit universellement reconnu ». Tant que la Constitution européenne n'entrera pas en vigueur, un tel principe n'existera pas *concrètement* en droit communautaire, lequel ne connaît que des expressions spécifiques de ce principe, c'est-à-dire une interdiction des discriminations fondées sur un nombre limité de motifs.

De tous les ordres juridiques étudiés, seul le système américain connaît un vrai principe d'égalité devant la loi, garanti, depuis 1868, par le 14^e Amendement à la Constitution, mais seulement vis-à-vis des autorités publiques, fédérales¹⁴⁶⁶ ou des états de la fédération. En Australie, la High Court a explicitement conclu à l'absence d'un tel principe dans la constitution du Commonwealth (arrêt *Leeth*). L'article 14 de la CEDH n'est pas non plus un véritable principe d'égalité devant la loi : il a un champ d'application matériel assez limité et la Cour européenne refuse parfois d'examiner, au titre de cette disposition, les différences de traitement fondées sur certains motifs (arrêt *Kjeldsen*). Au Canada, la Cour suprême adopte une attitude assez similaire dans la mesure où seuls les motifs jugés « analogues » aux motifs expressément prohibés sont susceptibles d'être jugés discriminatoires. En revanche, le Protocole n° 12, entré en vigueur en 2005 consacre, dans la CEDH, également un tel principe d'égalité.

Dans la jurisprudence de la Cour suprême US, le principe d'égalité est un principe protéiforme. C'est le critère de différenciation utilisé qui détermine sa valeur et sa portée face aux choix opérés par le législateur. Si ce critère n'est pas un des critères *suspects* identifiés par la Cour suprême US – race, sexe, nationalité, un droit reconnu comme fondamental – il permet rarement d'aboutir à un constat de violation, eu égard à la large marge de manœuvre reconnue au législateur pour opérer des choix dans les politiques qu'il entend mener. La Cour suprême US estime que les cours et tribunaux n'ont pas la compétence de juger de la sagesse ou de la désirabilité des choix politiques du législateur.

Lorsque la Constitution européenne entrera en vigueur, la Cour de justice sera inévitablement amenée à s'interroger sur la place du principe d'égalité dans le système du traité, sur sa valeur et sa portée par rapport au principe d'interdiction de certaines discriminations qu'il contient déjà. A tout le moins, il doit être espéré qu'à l'instar de la Cour suprême US, elle fixera des règles suffisamment

¹⁴⁶⁶ Formellement, l'*equal protection clause* du 14^e Amendement ne protège pas les particuliers contre les comportements émanant du gouvernement fédéral, lesquels sont en revanche soumis à la *due process clause* du 5^e Amendement. Bien que ce dernier ne contienne pas explicitement une même protection contre les discriminations commises par les autorités fédérales, la Cour suprême US jugea en 1954 (arrêt *Bolling*) que cette *clause* inclut une telle protection et affirma par la suite (arrêt *Buckley v. Valeo*) que l'analyse de l'*equal protection* dans le 5^e Amendement est la même que celle menée dans le cadre du 14^e Amendement.

claires et précises pour permettre d'assurer une sécurité juridique suffisante, notamment en matière de hiérarchie des critères de différenciation.

§ 2 – Les motifs prohibés de discrimination

I – La race

a) La place

Si la discrimination fondée sur la race apparaît aisément comme la plus odieuse, son interdiction ne figure toutefois pas toujours dans une disposition constitutionnelle.

En droit communautaire, l'article 13 du traité ne peut être regardé comme établissant une telle interdiction, puisqu'il est clairement dépourvu d'effet direct et donne seulement compétence, mais ne fait pas obligation, au Conseil¹⁴⁶⁷ d'adopter des mesures en vue de la combattre. L'interdiction des discriminations raciales résulte donc d'une action législative, laquelle n'est par ailleurs intervenue qu'en 2000, soit plus de quarante ans après la création de la Communauté (économique) européenne. L'ordre juridique communautaire est - et de loin - le dernier à s'être préoccupé d'interdire de telles discriminations.

La race est expressément mentionnée, juste après le sexe, comme motif prohibé de discrimination dans la CEDH, qui date de 1950. Aux Etats-Unis, le 14^e Amendement à la Constitution, entré en vigueur en 1868, a été adopté presque exclusivement en vue d'interdire les discriminations fondées sur la race, même s'il faudra attendre près d'un siècle (arrêt *Brown v. Board of Education*, de 1954¹⁴⁶⁸) pour que cette interdiction prenne tout son sens¹⁴⁶⁹. Cette interdiction constitutionnelle, protégeant les individus seulement contre les actes des autorités publiques, a été complétée par une législation fédérale en 1964 (*Civil Rights Act*)¹⁴⁷⁰, laquelle interdit les discriminations fondées sur la race dans le domaine de l'emploi (Titre VII), de l'éducation (Titre IX) ainsi que par les bénéficiaires de fonds fédéraux (Titre VI). Au Canada, la race est le premier motif de discrimination expressément prohibé par la *Charte canadienne et des droits et libertés*. Celle-ci, adoptée en 1982 et ayant valeur

¹⁴⁶⁷ Le Parlement n'a reçu qu'une compétence consultative, c'est-à-dire qu'en pratique le Conseil peut librement décider de ne pas tenir compte de l'avis émis par le Parlement.

¹⁴⁶⁸ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 510.

¹⁴⁶⁹ Jusqu'à cette date, la Cour suprême US appliquait sa doctrine issue de l'arrêt *Plessy v. Ferguson* de 1896 en vertu de laquelle un traitement distinct des personnes selon leur race n'ayant pas pour objet ou pour effet de considérer les membres d'une race comme « inférieurs » ne pouvait être jugé contraire au 14^e Amendement.

¹⁴⁷⁰ Un premier *Civil Rights Act*, adopté en 1866, interdisait déjà, dans sa section 1, les discriminations raciales, dans la conclusion et la mise en œuvre des contrats privés, et dans sa section 2, celles dans la vente ou la location de biens personnels ou immobiliers. Ces deux sections ont été codifiées dans deux dispositions, 42 U.S.C « 1981 » et « 1982 ». « 1981 » prévoit une règle de bénéfice de la loi « comme les Blancs » ; sur cette disposition, voy. les commentaires sous note (xx).

constitutionnelle, permet de soumettre à la Cour suprême du Canada une *tabula rasa*¹⁴⁷¹ en matière d'interdiction des discriminations. Jusqu'alors, existait seulement une *Canadian Bill of Rights* (déclaration canadienne des droits) datant de 1960, sans valeur constitutionnelle et n'offrant, notamment aux tribus indiennes, qu'une protection très relative contre l'interdiction des discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique. La protection constitutionnelle de la Charte s'applique vis-à-vis des actes du Parlement fédéral, du pouvoir législatif de chaque Province, ainsi que de l'action gouvernementale. Elle est complétée, comme aux Etats-Unis, par des législations non constitutionnelles dans les relations entre personnes privées. En Australie, en revanche, la protection contre les discriminations raciales est uniquement d'ordre législatif, comme en droit communautaire et date, au niveau fédéral, de 1975 suite à l'adoption du *Race Discrimination Act*, destiné à mettre en œuvre la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Cet *Act* a un champ d'application très étendu et couvre pratiquement tous les domaines de la vie politique, économique, sociale, culturelle.

b) La portée

Le législateur communautaire a donné à l'interdiction des discriminations fondées sur la race la portée matérielle la plus large possible. Cette interdiction couvre pratiquement tous les domaines du traité où elle est susceptible de recevoir application. Sont interdites les discriminations tant directes et indirectes ainsi que le harcèlement racial, lequel est considéré comme constituant une discrimination. Est en outre prévue la possibilité pour les Etats membres, mais pas pour les entreprises privées, d'adopter des mesures d'action positive. En l'état actuel du droit communautaire, c'est donc le critère de différenciation - lequel couvre également *l'origine ethnique* - à propos duquel le législateur est allé le plus loin, même si on le compare à la nationalité ou au sexe. S'agissant de la nationalité, n'est pas prévue la possibilité d'actions positives. Concernant le sexe, le champ d'application matériel de l'interdiction de discrimination fondée sur ce motif, même après la mise en œuvre de la directive xxx, restera limitée au domaine de l'emploi et de la fourniture de biens et services.

Si, classiquement, le législateur n'a pas prévu la possibilité d'une justification des discriminations *directes*, il a toutefois également permis que les discriminations *indirectes* puissent être justifiées par n'importe quel « objectif légitime ». On peut toutefois espérer qu'à la différence de la jurisprudence récente concernant les discriminations fondées sur la nationalité ou le sexe, la Cour de justice se montrera très stricte quant à l'acceptation du caractère « légitime » des objectifs qui seraient avancés au soutien de telles discriminations. Il faut également noter que, en se fondant sur le système applicable en cas de discrimination fondée sur le sexe, le législateur a prévu un *aménagement de la*

¹⁴⁷¹ C. L'Heureux-Dubé, « Realizing ... », p. 39.

charge de la preuve lorsqu'un plaignant est en mesure d'établir une présomption de discrimination, directe ou indirecte, à son encontre.

Dans les années septante, dans l'affaire des *Asiatiques de l'Afrique de l'Est*, la commission européenne des droits de l'homme essaya, compte tenu de la gravité particulièrement grave d'une discrimination fondée sur ce critère, d'en faire un motif *indépendant* de violation de la Convention, mais cette construction resta sans suite. Toutefois, dans une affaire *Chypre c. Turquie*, de 2001¹⁴⁷², la Cour européenne, se référant à cette décision de la commission européenne, déclara (para. 306) « qu'une importance particulière devait être attachée à la discrimination fondée sur la race et que le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race pouvait, dans certaines circonstances, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine ». Il peut donc être légitimement présumé qu'elle considérerait la race comme critère de différenciation ne pouvant être justifié qu'en présence de « considérations très fortes », comme elle l'a fait à propos du sexe ou de la nationalité par exemple. Toutefois, il faut constater que même dans cet arrêt *Chypre c. Turquie*, dans lequel elle affirma que « la discrimination [dont souffraient les Chypriotes grecs] a atteint un tel degré de gravité qu'elle constituait un traitement dégradant » (para. 310) et conclut par conséquent à une violation de l'article 3 de la CEDH, elle se refusa, conformément à sa pratique habituelle, à constater une violation séparée de l'article 14. Pourtant, il lui déjà arrivé, certes rarement, de considérer que « si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire »¹⁴⁷³, un examen sous l'angle de l'article 14 s'imposerait néanmoins. Cette possibilité théorique n'a toutefois pas été utilisée dans des cas où la différenciation reposait sur la race.

La Cour européenne ne s'est jamais réellement interrogée sur la notion de « race », et semble prête à faire une interprétation large du concept de *minorité ethnique*, lequel, d'après sa jurisprudence, couvre, notamment, les Sikhs (arrêt *Chahal*), les Tsiganes (arrêt *Buckley*), les Kurdes, les Baluchis (*A.B. c. Suède* (décision d'irrecevabilité), les Turcs de Bulgarie (*Osman* – décision sur la recevabilité) et les Grecs du Karpas (arrêt *Chypre c. Turquie*). Toutefois, sur le fond, la Cour européenne arrive très rarement à un constat de discrimination fondée sur l'origine ethnique. S'agissant des Tsiganes, elle n'a, jusqu'en 2004, conclu à une telle discrimination que dans un seul cas (arrêt *Nachova*), alors qu'elle n'est même jamais arrivé à une telle conclusion concernant les Kurdes, notamment parce qu'elle fait peser sur les plaignants l'intégralité de la charge de la preuve que les comportements ou

¹⁴⁷² Dans laquelle le gouvernement requérant alléguait, en ce qui concerne la situation régnant à Chypre depuis que la Turquie a déclenché des opérations militaires dans le nord de l'île, la violation par celle-ci de plusieurs dispositions de la CEDH.

¹⁴⁷³ Arrêts *Airey*, para. 30, *Dudgeon*, para. 67, *X&Y/Pays-Bas*, para. 32 et *Aziz*, para. 35.

mesures adoptées à leur encontre l'ont effectivement été en fonction de leur origine ethnique et qu'elle exige le rapport d'une preuve manifeste de la discrimination (arrêt *Anguelova*)¹⁴⁷⁴.

Sans rejeter expressément la possibilité que des actions positives au bénéfice des membres d'une minorité ethnique puissent être justifiées au titre de l'article 14, la Cour européenne semble toutefois n'avoir jamais consacré la légalité de telles actions¹⁴⁷⁵.

La valeur et la portée de l'interdiction de la discrimination fondée sur la race garantie par le 14^e Amendement à la Constitution américaine ont évolué de manière très considérable depuis la jurisprudence *Plessy v. Ferguson* de 1896¹⁴⁷⁶. Toute différence de traitement fondée sur ce motif est aujourd'hui soumise au *test review* le plus strict (*strict scrutiny*), ce qui signifie qu'une classification opérant sur ce critère, directement ou indirectement, ne peut être justifiée que si elle répond à un objectif gouvernemental impérieux et que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif satisfont à un test très strict de proportionnalité. C'est pourquoi la doctrine américaine a l'habitude de dire que si le test est *strict* en théorie, il est *fatal* en pratique. Est également interdit le harcèlement racial (arrêt *National Railroad Passenger Corporation v. Morgan*). Il faut toutefois noter que lorsque est invoquée une discrimination *indirecte* fondée sur la race dans le contexte du 14^e Amendement, la Cour suprême US exige que soit également prouvée l'*intention* discriminatoire de la mesure publique. Une telle preuve est également exigée lorsque l'allégation de la discrimination *directe* concerne un employeur privé, mais pas lorsqu'elle est indirecte (Titre VII).

Les *affirmative actions*, expression qui, dans sa connotation juridique moderne, apparaît pour la première fois en 1961 dans un *executive order* (n° 10925) du président Kennedy, bénéficie essentiellement aux membres des minorités ethniques (Afro-américains, Américains d'origine hispanique, Amérindiens). C'est en tout cas les seuls à propos desquels la Cour suprême US a confirmé la constitutionnalité ou la légalité des mesures discriminatoires adoptées à leur profit en dehors du domaine de l'emploi (arrêt *Grutter*, en matière d'éducation par exemple¹⁴⁷⁷). Toutefois, la Cour suprême US a soumis ces mesures aux mêmes *strict scrutiny* tests que les mesures contenant une

¹⁴⁷⁴ La requérante, ressortissante bulgare d'origine tsigane, alléguait que son fils était décédé après avoir été maltraité par des policiers bulgares, que la police n'avait pas dispensé de soins médicaux adéquats à son fils pour ses blessures et que les autorités n'avaient pas mené d'enquête effective. Elle arguait notamment que les policiers mentionnaient son fils, même dans leurs déclarations officielles, comme « le Tsigane ». Elle mentionnait également le contexte plus général, étayé par de nombreux documents émanant d'organisations de défense des droits de l'homme, d'hostilité et de racisme systématique de la police à l'égard des Tsiganes.

¹⁴⁷⁵ Il faut toutefois noter que dans *Wintersberger* (décision sur la recevabilité), elle appuie sa décision d'irrecevabilité d'un grief de violation de l'article 14 sur le constat de l'existence d'une discrimination positive existant dans l'Etat en cause (Autriche) en faveur des personnes handicapées. Mais de telles mentions restent rares.

¹⁴⁷⁶ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 269.

¹⁴⁷⁷ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. p. 313.

discrimination à leur rencontre. Ces *tests* sont toutefois différents selon que l'examen intervient dans le cadre du 14^e Amendement ou dans le contexte du Titre VII (arrêt *Johnson v. Transportation Agency*)

En Australie, l'interdiction des discriminations fondées sur la race est également extrêmement large dans son champ d'application matériel, puisqu'elle couvre les domaines politique, économique, social, culturel et « n'importe quel autre domaine de la vie publique » (s. 9, paragraphe 1, du *Race Discrimination Act*). Sont interdites tant les discriminations directes qu'indirectes, mais également, depuis 1994, les comportements offensants fondés sur la haine raciale. Lors de l'adoption du *Racial Hatred Bill* en 1994, il fut déclaré dans l'exposé des motifs du *Bill* que le terme « origine ethnique » doit se voir reconnaître la portée la plus large possible pour permettre la protection des peuples tels que les Sikhs, les Juifs et les Musulmans. Si la jurisprudence des cours fédérales a permis de confirmer que les Juifs constituent effectivement un groupe ethnique (arrêt *Jones v. Scully*) au sens de l'*Act*, aucune décision conférant ce statut aux Musulmans n'est encore intervenue.

Comme en droit communautaire, la discrimination directe n'est pas susceptible de justification et ne requiert pas la preuve d'une intention discriminatoire. En revanche, également comme en droit communautaire, la discrimination indirecte peut être justifiée, si elle est *raisonnable*. S'il ne contient pas de disposition prévoyant la possibilité d'adopter des mesures d'action positive, le *Race Discrimination Act* permet en revanche (s. 8, paragraphe 1.) l'adoption de « mesures spéciales » en faveur des Aborigènes. Ne constituant pas des mesures d'action positive, elles n'impliquent aucun élément de comparaison ou une volonté de remédier à un désavantage passé. En outre, elles ne sont pas, eu égard à leur objectif, conçues comme étant temporaires.

En conclusion, si l'interdiction des discriminations fondées sur la race est sans aucun doute une valeur universelle, elle est appréhendée de manière différente dans tous les ordres juridiques étudiés, qu'il s'agisse du raisonnement à mener pour constater une discrimination, de l'aménagement de la charge de la preuve, de la nécessité de prouver une intention discriminatoire ou de la possibilité d'adopter des mesures d'action positive (*affirmative actions*) au profit des membres de minorités ethniques, ce dernier concept faisant lui-même l'objet d'approches différentes.

II – La nationalité

a) La place

Même si la numérotation de la disposition du traité qui interdit les discriminations fondées sur ce motif n'a cessé de changer au cours des dernières années¹⁴⁷⁸, cette interdiction reste la *pierre angulaire*

¹⁴⁷⁸ Initialement article 7 CEE, la disposition qui contient cette interdiction est devenue successivement article 6 du traité CE, puis 12 CE et aujourd'hui articles I-4, paragraphe 2, et II-81, paragraphe 2 de la Constitution.

du traité, son *leitmotiv*¹⁴⁷⁹. Cela signifie que cette interdiction s'étend, au-delà des situations réglées par des dispositions particulières, à toutes les situations auxquelles le traité peut s'appliquer ... mais au profit quasi exclusif¹⁴⁸⁰ des ressortissants des Etats membres. Elle connaît en outre de nombreuses expressions spécifiques, dans le traité lui-même ou dans le droit dérivé.

Même si elle ne figure pas expressément dans la liste des motifs de discrimination prohibés par l'article 14 de la CEDH, la Cour européenne a toutefois considéré que la nationalité est un critère de différenciation que seules des considérations très fortes pourraient justifier.

De la même façon, la Cour suprême US a établi de manière définitive en 1971 (arrêt *Graham v. Richardson*) que les classifications fondées sur la nationalité sont soumises au *test review* de constitutionnalité le plus strict, lorsqu'elles sont le fait des états. En revanche, en raison des pouvoirs conférés par la Constitution au gouvernement fédéral en matière d'étrangers et de naturalisation, les classifications résultant de réglementations *fédérales* opérant au détriment des étrangers ont été considérées par la Cour suprême US comme ne devant être soumises qu'au *traditional standard of restrained review*, moins exigeant (arrêt *Mathews v. Diaz*). Si l'on tente une comparaison avec la situation prévalant dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire si l'on examine les différences de traitement établies *entre* citoyens américains selon qu'ils sont ou non résidents dans un état, on parvient à un constat similaire. Une classification reposant sur ce critère est également soumise au *strict scrutiny test* (arrêt *Shapiro v. Thompson*). Il faut en revanche noter que le Titre VII, applicable dans le domaine de l'emploi, n'interdit pas les discriminations fondées sur la nationalité. La Cour suprême US a interprété restrictivement la notion de discrimination fondée sur « l'origine nationale » qu'il proscriit en considérant que celle-ci ne visait que la discrimination entre *citoyens américains* en fonction de leur origine nationale (arrêt *Espinoza v. Farah MFG Commission*¹⁴⁸¹).

Si la nationalité (citoyenneté) n'est pas non plus expressément mentionnée dans les motifs énumérés de discrimination interdits par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, la Cour suprême du Canada a, dès son premier arrêt sur cette disposition (arrêt *Andrews*), considéré que la citoyenneté est une caractéristique personnelle d'un individu qui en fait un motif « analogue » aux motifs énumérés.

¹⁴⁷⁹ Point 9 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Phil Collins*.

¹⁴⁸⁰ Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, une marchandise originaire d'un pays tiers et mise en libre pratique dans un Etat membre bénéficie du droit à la libre circulation (arrêt *Donckerwolcke*). Dans le domaine du droit d'établissement et de la libre prestation des services, une société constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre bénéficie du droit de libre circulation, même si ses dirigeants, par exemple, sont tous des ressortissants de pays tiers, arrêt *Commission c. Pays-Bas* (« immatriculation d'un navire » - C-299/02).

¹⁴⁸¹ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 330.

En Australie, aucune législation fédérale n'interdit les discriminations fondées sur la nationalité/citoyenneté. A plusieurs reprises, la Federal Court s'est interrogée sur la question de savoir si l'interdiction de discrimination en raison de « l'origine nationale » peut être interprétée comme incluant celle fondée sur la nationalité, mais elle a conclu, en s'appuyant sur la jurisprudence de la House of Lords britannique, que si la nationalité constitue un indice fort de l'origine nationale, cela ne signifie pas nécessairement que ces deux concepts sont réellement identiques, de sorte que le *Race Discrimination Act* ne s'étend pas aux discriminations fondées sur la nationalité (arrêt *De Silva*). En revanche, la High Court a jugé que la Constitution fédérale interdit les discriminations entre citoyens australiens selon leur lieu de résidence (arrêt *Street*)¹⁴⁸².

b) La portée

Il est difficile de comparer la portée du principe de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité compte tenu du contexte très différent¹⁴⁸³ dans lequel cette interdiction a été formulée dans les divers ordres juridiques. Certains traits communs sont toutefois décelables.

La nationalité est, dans tous les ordres juridiques, un critère de différenciation soumis à une analyse stricte quant à sa justification, au moins lorsqu'elle concerne l'accès à l'emploi ou l'octroi de prestations sociales aux *étrangers légalement installés*. Ainsi, même si elle semble dorénavant admettre que même des discriminations directes fondées sur la nationalité puissent être justifiées par des raisons impérieuses, la Cour de justice rejette en pratique toutes celles qui lui sont présentées.

La Cour européenne adopte une même approche, au terme de raisonnements parfois audacieux s'agissant du champ d'application matériel de la CEDH. Ainsi, dans ses arrêts *Gaygusuz*, mais plus encore *Koua Poirrez*, elle a jugé que des allocations sociales ou de sécurité sociale, même celles ne reposant pas sur un système contributif, constituent des « droits patrimoniaux » au sens du Protocole n° 1, de sorte que leur octroi ne peut être soumis à une condition de nationalité.

Il en va de même de la Cour suprême US. Celle-ci a ainsi jugé contraire au 14^e Amendement les législations de certains états soumettant à une condition de citoyenneté l'octroi de certaines prestations sociales (arrêt *Graham v. Richardson*) ou l'accès à certains emplois (arrêt *Bernal v. Fainter* – profession de notaire au Texas) en appliquant un *strict scrutiny test* pour juger la justification avancée

¹⁴⁸² Pour une présentation de cet arrêt, voy. p. 414.

¹⁴⁸³ Dans le cadre de la CEDH, la Cour européenne a eu l'occasion à de multiples reprises de rappeler que celle-ci ne garantit nullement un droit d'entrée ou de sortie du territoire des Etats contractants (arrêt *Abdulaziz*). En revanche, aux Etats-Unis, si la source constitutionnelle précise d'un tel droit pour les personnes de circuler et de voyager dans les différents états de l'Union est restée incertaine jusqu'en 1999 (arrêt *Saenz*), seul le droit pour les nouveaux arrivants à certaines prestations sociales donna lieu à quelques arrêts constitutionnellement intéressants de la Cour suprême US. Au Canada et en Australie, autres états fédéraux, ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour suprême (arrêt *Haig* – droit de vote) ou la High Court (arrêt *Street* – droit

au soutien de la discrimination¹⁴⁸⁴. Seules les « fonctions politiques » intimement reliées au « processus d'autonomie démocratique » (*process of democratic self-government*) sont soumises à un test moins exigeant.

Au Canada également la Cour suprême se montre très stricte quant à la possibilité de justifier les discriminations entre Canadiens et ressortissants de pays tiers dans l'accès à l'emploi, même public. Ainsi, elle jugea pareille discrimination injustifiable s'agissant des avocats (arrêt *Andrews*), mais estima néanmoins acceptable celle concernant le traitement *préférentiel* reconnu aux citoyens canadiens dans l'accès à la fonction publique fédérale (arrêt *Lavoie*).

Si l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité est donc la pierre angulaire du droit communautaire, il faut pourtant constater que, de manière générale, tant la Cour européenne que la Cour suprême US ou la Cour suprême du Canada ont adopté des solutions encore plus favorables aux étrangers que celles consacrées par la Cour de justice en ce qui concerne l'accès à l'emploi et/ou l'octroi de prestations sociales¹⁴⁸⁵.

En revanche, en ce qui concerne le *droit d'entrée et de séjour* ou la protection contre l'*expulsion*, c'est clairement la Cour de justice qui a établi le système le plus protecteur des droits des étrangers, lorsqu'ils sont ressortissants d'un Etat membre.

Ainsi, elle a jugé, dès le milieu des années septante, que le droit d'entrée et de séjour des ressortissants des Etats membres dans l'Etat membre d'accueil est un droit directement conféré par le traité qui ne peut être remis en cause par l'omission de satisfaire à certaines formalités administratives (arrêt *Royer*). Dans le même élan, elle jugea également qu'une mesure d'expulsion ne peut être fondée que sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet et ne peut intervenir qu'après qu'ont été respectées plusieurs garanties procédurales (arrêt *Bouchereau*).

La Cour européenne suit une approche radicalement opposée, puisque elle juge, depuis l'arrêt *Abdulaziz*, que l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie familiale) « ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays » (para. 68). Pareille approche est difficilement critiquable puisqu'elle intervient dans un

d'admission comme avocat) ont eu à examiner les limites de ce droit à la libre circulation entre les provinces ou les états.

¹⁴⁸⁴ Un même raisonnement s'applique lorsque la classification opère entre citoyens américains en fonction de leur résidence dans un état (arrêt *Saenz*).

¹⁴⁸⁵ Le contraste est encore plus frappant si on compare cette jurisprudence à la situation réservée en droit communautaire aux ressortissants de pays tiers.

contexte d'*immigration* et non de *libre circulation* qui est celui garanti¹⁴⁸⁶ par le droit communautaire aux ressortissants des Etats membres. C'est donc assez logiquement, même si son raisonnement est très lapidaire et n'est pas très explicite, qu'elle considère que ne constitue pas une discrimination le fait pour les Etats membres de prévoir des règles différentes en matière d'expulsion selon que les individus ont ou non la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne (arrêt *Moustaquim*). En droit américain, l'expulsion des étrangers est également soumise à un contrôle mineur de la part de la Cour suprême US, contrôle encore amoindri par des législations adoptées à partir de 1996 (arrêt *INS v. St Cyr*¹⁴⁸⁷).

III – Le sexe

a) La place

S'il est aujourd'hui légitime de considérer que la discrimination fondée sur le sexe est tout aussi odieuse que celle fondée sur la race, il n'en a pas toujours été ainsi. Dans la Grèce antique, le principe aristotélicien d'égalité s'appliquait seulement entre *citoyens* athéniens ... dont étaient exclues les femmes¹⁴⁸⁸. Deux mille ans après, à la fin du dix-neuvième siècle, la Cour suprême US jugeait encore que la nature elle-même a toujours reconnu la grande différence dans les destinées des hommes et des femmes. L'homme est, ou devrait être, le protecteur de la femme et son défenseur. La timidité naturelle et la délicatesse qui sont le propre de la femme rendent dès lors celle-ci inapte à de nombreuses occupations civiles (arrêt *Bradwell v. Illinois*).

¹⁴⁸⁶ Ou à tout le moins qui devrait l'être. L'arrêt *Akrich*, de 2003, semble toutefois remettre en cause partiellement ce droit en établissant que pour bénéficier du droit au regroupement familial dans l'Etat membre d'accueil, le conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, d'un ressortissant d'un autre Etat membre doit bénéficier d'un droit de séjour dans l'Etat membre d'origine. Cette interprétation presque *contra legem* de l'article 10 du règlement 1612/68 (sur la libre circulation des travailleurs) semblerait plus pertinent dans un contexte d'immigration que de libre circulation, garantie aussi à un tel conjoint par le règlement 1612/68 (arrêt *Royer*). Pour une critique similaire, voy. R. Plender, « Quo Vadis ? Nouvelles orientations des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'arrêt *Akrich* », *C.D.E.*, 2004, pp. 261 et 287.

¹⁴⁸⁷ L'article I, §9, Clause 2, de la Constitution contient une clause d'*habeas corpus* permettant à toute personne détenue ou privée de liberté de contester la légalité de cette détention ou de cette privation de liberté, mais la Cour suprême US ne s'est jamais aventurée à détailler la portée de cette *Suspension Clause* dans le domaine de l'immigration, dans lequel des pouvoirs très importants ont été reconnus à l'administration. Pour une présentation sommaire de la réglementation américaine en matière de détention et d'expulsion, ainsi que de la jurisprudence de la Cour suprême US y afférente, voy. D. Wilsher, « The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control : international and constitutional law perspectives », *ICLQ*, 2004, p. 897, et particulièrement p. 912.

¹⁴⁸⁸ « La justice qui concerne l'épouse se rapproche davantage de celle de la justice proprement dite, mais même celle-là est différente de la Justice politique laquelle ... dépend de la loi et n'existe que pour ceux qui vivent naturellement sous l'empire de la loi, à savoir ... ceux à qui appartient une part égale dans le droit de gouverner et d'être gouverné », Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 8, traduction de J. Tricot, 1959, cité par H. Buch in « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit », *L'égalité*, vol. I, 1971, pp. 197 et 209. L'égalité citoyenne chez Aristote avait donc son envers, la non-citoyenneté ; il y avait les Athéniens et « les autres », parmi lesquels les femmes, qui ne sont jamais autrement nommées que comme femmes, jamais comme Athéniennes, L. Sfez, *Leçons sur l'égalité*, PUF, 1984, p. 46.

Et en 1957, l'égalité entre hommes et femmes inscrite dans le traité CEE, seulement en ce qui concerne la rémunération, était conçue comme un instrument permettant d'éviter les distorsions de concurrence entre entreprises établies dans différents Etats membres (voy. arrêt *Defrenne I*). Ce n'est que bien plus tard que la Cour de justice fera de cette égalité un principe fondamental du droit communautaire, ... mais dont l'application reste soumise à l'adoption par le législateur de mesures spécifiques prohibant les discriminations entre *travailleurs* masculins et féminins, tâche à laquelle il s'attellera à partir de 1975. L'article 13 du traité n'ayant pas d'effet direct, ce n'est que lorsque sera applicable la directive 2004/113, que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ne sera plus confinée en droit communautaire au seul domaine de l'emploi, mais s'étendra également à celui de l'accès aux biens et services¹⁴⁸⁹. En revanche, dans la Constitution, l'article II-83 prescrit l'obligation d'assurer l'égalité entre hommes et femmes dans tous les domaines.

Le sexe est expressément mentionné dans les motifs de discrimination proscrits par l'article 14 de la CEDH, mais il faudra attendre 1985 (arrêt *Abdulaziz*) pour que la Cour européenne juge que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe* » et en déduise que seules des raisons très fortes pourraient l'amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur ce critère.

La Cour suprême US a également parcouru un long chemin depuis l'arrêt *Bradwell* dans son traitement des discriminations fondées sur le sexe, même s'il fallut attendre les années septante pour qu'elle énonce le principe que les distinctions fondées sur ce motif ne sont plus soumises au regard du 14^e Amendement au *rational basis test*, mais à un *intermediate scrutiny test* (arrêt *Craig v. Boren*). En 1996, il semble même que la majorité des membres de la Cour suprême US ait tenté de leur appliquer un *strict scrutiny test* comparable à celui applicable pour les classifications fondées sur la race ou la nationalité (arrêt *Unites States v. Virginia*), mais la jurisprudence postérieure (arrêt *Nguyen*) a démenti les espoirs que cet arrêt avait pu fonder¹⁴⁹⁰. Cette protection constitutionnelle a été complétée par une interdiction de discrimination dans le domaine de l'emploi et de l'éducation dans le *Civil Rights Act* de 1964.

Au Canada, le sexe est expressément mentionné comme motif interdit de discrimination à l'article 15 de la Charte. En Australie, il n'existe pas de protection constitutionnelle contre de telles discriminations, mais la législation fédérale, adoptée en 1984, a un champ d'application matériel très

¹⁴⁸⁹ Certes, l'article 2 du traité (article I-2 de la Constitution) affirme, depuis le traité d'Amsterdam, que l'égalité entre hommes et femmes est une valeur de l'Union européenne, et son article 3, paragraphe 2, prévoit que dans toutes les actions qu'elle entreprend, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, mais ces dispositions ne produisent aucun effet direct et n'offrent guère de protection contre les discriminations.

¹⁴⁹⁰ Pour une analyse de ces arrêts, voy. respectivement p. 289 et 290.

étendu couvrant non seulement l'emploi, mais également notamment l'éducation, le logement, l'accès aux biens, aux services et à la propriété.

b) La portée

Dans tous les ordres juridiques, les discriminations fondées sur le sexe semblent être appréhendées de façon assez similaire. Le principe d'égalité entre les sexes est affirmé, mais en pratique les cours suprêmes reconnaissent au législateur une marge de manœuvre plus large que quand la classification opère en fonction de la race ou de la nationalité. En revanche, le raisonnement utilisé pour aboutir à ces solutions assez similaires varie selon les ordres juridiques.

En droit communautaire, lequel connaît la distinction entre discriminations *directes* et *indirectes*, une différence notable existe entre les deux, seules les secondes étant susceptibles de justification (arrêt *Evrenopoulos*) et la Cour de justice semble assez souple dans son appréciation des causes de justification, du moins lorsqu'elles sont avancées par un Etat membre (arrêt *Molenbroeck*).

Dans la CEDH, laquelle ne connaît pas pareille distinction, toute distinction fondée sur le sexe est justifiable, mais la Cour européenne a affirmé que seules des considérations très fortes peuvent justifier des discriminations basées sur un tel motif (arrêt *Abdulaziz*). Toutefois, sa jurisprudence est très discrétionnaire et semble parfois refléter un certain paternalisme (arrêt *Petrovic*)¹⁴⁹¹ se traduisant notamment par une approche plus souple lorsque la victime d'une discrimination est un homme (arrêts *Asnar et Rasmussen*)¹⁴⁹².

Aux Etats-Unis, qui connaît en revanche également cette distinction, l'approche de la Cour suprême US est assez complexe. Cette complexité ne tient toutefois pas à la nature du critère, mais à son approche générale différenciée selon que l'allégation de discrimination concerne les autorités publiques (14^e Amendement) ou un employeur privé (Titre VII Civil Rights Act). Dans le premier cas, une classification fondée *directement* sur ce critère ne peut dorénavant être justifiée que si elle répond à des objectifs vraiment sérieux et importants, même si la marge de manœuvre de l'état est un peu plus large que quand le critère de distinction est la race (arrêt *Nguyen*). En revanche, en présence d'une discrimination *indirecte*, la plaignante doit rapporter la preuve d'une intention discriminatoire, tâche souvent insurmontable. Dans le contexte du Titre VII en revanche, la preuve d'une intention discriminatoire est requise dans l'hypothèse d'une allégation de discrimination *directe* par l'employeur, mais cette preuve peut être circonstancielle, c'est-à-dire que la plaignante satisfait à cette

¹⁴⁹¹ La Cour européenne valide une législation autrichienne ne prévoyant l'octroi d'une allocation de congé parental qu'à la seule mère.

¹⁴⁹² Dans cette seconde affaire, le requérant alléguait une discrimination fondée sur le sexe en ce que, selon la législation danoise applicable à l'époque, son ancienne femme pouvait à tout moment contester sa paternité devant les tribunaux tandis que lui n'en avait pas le droit. La Cour européenne conclut à l'absence de discrimination en se référant à la large marge de manœuvre des Etats en la matière.

exigence si elle peut établir que l'explication donnée par l'employeur n'est pas crédible. Dans le cas d'une discrimination indirecte, la Cour suprême US a institué un aménagement de la charge de la preuve, mais la plaignante doit néanmoins établir un cas de discrimination apparente. Pour ce faire, une preuve statistique ne suffit pas, l'intéressée devant en outre démontrer que l'employeur utilise au moins *une* pratique particulière ayant pour effet d'affecter de manière disproportionnée les personnes appartenant à un sexe. En pratique, peu d'allégations de discrimination *indirecte* sont confirmées par les tribunaux.

En Australie, la distinction existe également et entraîne les mêmes conséquences qu'en droit communautaire, seules les discriminations indirectes étant justifiables si elles sont *raisonnables*, condition reposant sur un raisonnement souvent assez subjectif (arrêt *Commonwealth Bank of Australia v. HREOC*).

La notion de « *sexe* » a elle-même évolué au fil de l'évolution sociologique pour couvrir également aujourd'hui la *conversion sexuelle* et le *harcèlement sexuel*. Ces évolutions ne se font toutefois pas sans heurts dans le maniement du concept de discrimination. Ainsi, en droit communautaire, la Cour de justice a jugé qu'une discrimination fondée sur la conversion sexuelle reste une discrimination fondée sur le *sexe* de la personne, mais a notamment motivé cette conclusion en comparant la personne ayant subi cette conversion aux personnes appartenant au sexe auquel elle-même appartenait précédemment, comme si les transsexuels formaient un « troisième » sexe et comparant ainsi la victime de la discrimination avec elle-même (arrêt *P.*). Pour renverser sa jurisprudence antérieure, et reconnaître que les transsexuels ont le droit de se marier (arrêt *Goodwin*), la Cour européenne fonde son raisonnement exclusivement sur l'article 8 de la CEDH (protection de la vie privée), éludant toute question sur l'existence d'une discrimination.

S'agissant du *harcèlement sexuel*, le législateur communautaire a affirmé qu'un tel comportement constitue une discrimination fondée sur le sexe, mais n'a apporté aucun élément qui étayerait cette affirmation. Si la Cour suprême US a affirmé également, dès 1986, que le harcèlement sexuel constitue une telle discrimination, elle a aussi peiné à établir le caractère réellement discriminatoire de ce comportement (arrêt *Oncale*)¹⁴⁹³. En Australie, le législateur et les tribunaux ont adopté une démarche différente, dans la mesure où si le harcèlement sexuel est prohibé au titre du Sex Discrimination Act, il constitue un grief distinct de celui de la discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, l'attitude des cours est ambiguë, dans la mesure où après avoir constaté l'existence d'un harcèlement sexuel, elles concluent parfois à l'existence d'une discrimination en motivant cette conclusion par le fait que, *par conséquent*, le harcèlement sexuel a nécessairement engendré un préjudice fondé sur le sexe (arrêt *Elliott v. Nanda*, Federal Court).

Les positions en ce qui concerne les actions positives ou *affirmative actions* sont également assez différentes. En droit communautaire, la Cour de justice a commencé à affirmer leur compatibilité avec le principe de non-discrimination (arrêt *Marschall*¹⁴⁹⁴) au moment où la Cour suprême US leur fermait, de manière durable, la porte (arrêt *Adarand*). Si aux Etats-Unis, de telles actions sont encore possibles lorsqu'elles sont adoptées *volontairement* par des entreprises *privées*, et que donc leur compatibilité est examinée au regard du Titre VII et non du 14^e Amendement (arrêt *Johnson*)¹⁴⁹⁵, une telle possibilité ne semble pas – actuellement¹⁴⁹⁶ – possible en droit communautaire, lequel n'offre, dans son article 141, paragraphe 4, une telle possibilité d'action qu'aux seuls Etats membres. En outre, l'approche des deux cours est également différente dans le raisonnement adopté. La Cour suprême US apprécie la légalité des *affirmative actions* au *bénéfice* des femmes selon un raisonnement similaire à celui qu'elle tient pour juger de la légalité des discriminations opérées à leur *encontre* par un employeur privé. La Cour de justice semble en revanche adopter une attitude plus souple pour juger de la proportionnalité des mesures d'action positive que de celle des discriminations fondées sur le sexe (arrêt *Lommers*)¹⁴⁹⁷.

IV – La religion

a) La place

La prohibition des discriminations fondées sur le critère de la religion est extrêmement récente en droit communautaire, la directive 2000/78 étant entrée en vigueur en décembre 2003. Elle figure parmi les motifs expressément proscrits par l'article 14 de la CEDH. Aux Etats-Unis, la constitutionnalité des différences de traitement n'est pas appréhendée sous l'angle de l'*equal protection clause* du 14^e Amendement, mais dans le cadre des *Establishment* et *Free Exercise clauses* du 1^{er} Amendement¹⁴⁹⁸. En revanche, la religion figure au nombre des motifs de discrimination visés par le Titre VII du Civil Rights Act. Au Canada, elle constitue un motif spécifiquement énuméré de

¹⁴⁹³ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 325.

¹⁴⁹⁴ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 150.

¹⁴⁹⁵ Il faut noter que la Cour suprême US n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de mesures d'*affirmative action* au bénéfice des femmes.

¹⁴⁹⁶ En revanche, l'article II-83, alinéa 2, de la Constitution ne limite plus aux seuls Etats membres le droit d'adopter des mesures d'action positive.

¹⁴⁹⁷ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 157.

¹⁴⁹⁸ Ce qui ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour suprême US dans l'interprétation de cet Amendement n'est pas influencée par des considérations tenant à l'égalité, entre religion et « non-religion » et entre les religions elle-même. La jurisprudence récente semble d'ailleurs de plus en plus perméable à de telles considérations, voy. W.P. Marshall, « What is the Matter with Equality ? An Assessment of the Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence », *75 Indiana Law Journal*, (2000), p. 193.

discrimination interdit. En revanche, aucune législation fédérale¹⁴⁹⁹ n'a été adoptée en Australie pour lutter contre ce type de discrimination.

b) La portée

En droit communautaire, la directive 2000/78 ne s'applique qu'aux domaines de l'emploi et de la formation professionnelle, laquelle, compte tenu de son interprétation large par la Cour de justice (arrêt *Gravier*) est susceptible de couvrir une grande partie du cursus scolaire, à l'exception de l'école primaire (6 à 12 ans). Le législateur communautaire a cependant prévu le droit pour les Etats membres d'adopter des mesures d'action positive dans ce domaine, possibilité qui n'a aucun équivalent dans les autres ordres juridiques. Dans la hiérarchie des griefs de discrimination, la religion est placée par le législateur sur le même pied que le handicap et l'orientation sexuelle.

Dans la CEDH, la Cour européenne a considéré (arrêt *Hoffmann*) que les différenciations opérant en fonction de la religion ne peuvent être considérées comme non discriminatoires que si elles se justifient par des « considérations très fortes », au motif que « *nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* ». Toutefois, le malaise de la Cour européenne à condamner des discriminations fondées sur ce motif apparaît parfois, notamment quand est en cause la relation entre l'état et les différentes religions (arrêts *les saints monastères*, *Cha'are* et *Sahin*). Elle ne fournit toutefois jamais d'explication théorique à même de motiver sa divergence d'approche.

Le Titre VII du *Civil Rights Act* prévoit, à la différence de la directive 2000/78, l'obligation pour l'employeur d'adopter des « mesures d'aménagement raisonnable » si celles-ci s'avèrent nécessaires pour que soit respectée l'interdiction de discrimination fondée sur la religion (arrêt *Trans World Airlines v. Hardison*)¹⁵⁰⁰. Cette question ne donna toutefois lieu qu'à peu d'arrêts de la Cour suprême US. Dans *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, un enseignant, membre d'une église dont la doctrine imposait à ses membres de ne pas travailler certains jours saints, avait, pour cette raison, manqué six jours d'école. Dans son arrêt, la Cour suprême US affirme qu'un employeur satisfait à son

¹⁴⁹⁹ En revanche les législations de certains états, tels le Victoria, le Queensland ou le Territoire du nord, contiennent des dispositions prohibant ce critère de différenciation.

¹⁵⁰⁰ Dans cette affaire, le requérant, travaillait dans un département de maintenance opérant jour et nuit toute l'année. Un système fondé sur l'ancienneté prévoyait que les employés les plus anciens pouvaient, en priorité, choisir les pauses durant lesquels ils souhaitaient travailler. Ayant adhéré à la *Worldwide Church of God* un an après avoir commencé son emploi auprès de TWA, le requérant demanda à ne pas travailler le samedi. Au début, TWA accéda à cette demande dans la mesure où il avait suffisamment d'ancienneté. Toutefois, ayant changé de poste, il n'eut plus l'ancienneté suffisante pour pouvoir être dispensé de travailler le samedi. TWA refusa d'abord de lui permettre de ne travailler que quatre jours par semaines, au motif que cela causerait des problèmes cruciaux dans le domaine d'activité en cause, puis le licencia au motif qu'il refusait de travailler le samedi. Dans son arrêt, la Cour suprême US jugea que le système d'ancienneté constituait déjà un aménagement significatif pour prendre en compte les besoins, religieux ou séculiers, des employés, de sorte que TWA n'était astreinte à aucune obligation de prendre d'autres « aménagements raisonnables ».

obligation d'aménagement raisonnable s'il démontre qu'il a offert un tel aménagement. Il ne doit en revanche pas démontrer en plus que les alternatives proposées par l'employé impliqueraient une charge disproportionnée. Une telle obligation supplémentaire n'incomberait à l'employeur que s'il prétendait qu'il est dans l'incapacité d'offrir le moindre aménagement raisonnable. Son approche est donc plutôt favorable aux employeurs, même si l'étendue de l'obligation pesant sur ceux-ci reste débattue au niveau des *Circuits*.

Au Canada, la Charte des droits et libertés contient, comme la CEDH, une disposition garantissant expressément la liberté de religion. Peu de cas sont dès lors abordés sous l'angle de la discrimination interdite par l'article 15, paragraphe 1. Il est toutefois intéressant de confronter leurs deux « définitions » du concept de « religion ».

La Cour européenne rappelle régulièrement que selon l'article 9 de la CEDH, la manifestation d'une religion peut prendre différentes formes, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (arrêt *Cha'are*), mais que l'article 9 protège avant tout le domaine des convictions personnelles et des croyances religieuses, c'est-à-dire celui que l'on appelle parfois le for intérieur. De plus, il protège les actes intimement liés à ces comportements, tels les actes de culte ou de dévotion qui sont des aspects de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue. En revanche, il ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction. Le terme « pratiques » au sens de l'article 9, paragraphe 1, ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction (*Pichon et Sajous* (décision d'irrecevabilité)).

Au Canada, les diverses formes que peut revêtir la manifestation de la religion ne sont pas définies par la Charte. Dans un arrêt de 2004, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, la Cour suprême du Canada a affirmé que la liberté de religion « s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux ». C'est pourquoi elle ajoute dans le même arrêt que « le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir ». Contrairement à la Cour européenne dans l'arrêt *Sahin*, la Cour suprême du

Canada prend donc fermement, même si implicitement, position sur la question de savoir si le port du voile relève bien de la manifestation de sa religion.

V – Le handicap

a) La place

Comme le critère de la religion, la prohibition de la discrimination fondée sur le handicap n'est effective en droit communautaire que depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, soit en décembre 2003. Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans la liste des motifs de discrimination interdits par l'article 14 de la CEDH, la Cour européenne a pu conclure que le handicap constitue un tel motif en raison du caractère exemplatif de cette liste (arrêt *Pretty* ; décision *Draon et Draon* (décision sur la recevabilité)). Aux Etats-Unis, la Cour suprême US n'a pas identifié le handicap comme un motif particulier nécessitant un *test review* plus strict des justifications avancées pour justifier, au regard du 14^e Amendement, les discriminations fondées sur ce motif. Au niveau législatif, le Congrès américain adopta en 1991 le *Americans with Disability Act* (ADA). Au Canada, les *déficiences mentales ou physiques* sont un grief explicitement énuméré de discrimination interdite par l'article 15 de la Charte des droits et libertés. En Australie, le *Disability Discrimination Act* a été adopté au niveau fédéral en 1992.

b) La portée

Dans la directive 2000/78, le handicap a fait l'objet d'un traitement spécifique au niveau du concept de discrimination *indirecte* lui-même. Il résulte de l'article 5 de cette directive qu'une discrimination fondée sur ce motif pourra être constaté si un employeur, tant privé que public, ne prend pas les mesures appropriées en fonction des besoins dans une situation concrète pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, *sauf* si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette disposition introduit donc en droit communautaire en matière d'égalité de traitement le concept « d'aménagement raisonnable » inconnu jusqu'alors, afin de tenir compte de la particularité de la discrimination affectant les personnes handicapées. Bien que le champ d'application matériel de la directive couvre également la formation professionnelle, et donc une partie notable de l'éducation, compte tenu de la portée large reconnue par la Cour de justice à cette notion (arrêt *Gravier*), l'obligation d'aménagement raisonnable n'a pas été étendue aux écoles dispensant une formation professionnelle au sens de cette jurisprudence. Le législateur communautaire a en revanche prévu le droit pour les Etats membres d'adopter des mesures d'action positive en faveur des personnes handicapées, possibilité qui n'a aucun équivalent dans les autres ordres juridiques. Dans la hiérarchie des griefs de discrimination, le handicap est placé par le législateur sur le même pied que la religion et l'orientation sexuelle.

La Cour européenne s'est jusqu'à présent montrée fort réservée dans son appréciation des différences de traitement fondées sur le handicap. Dans l'affaire *Botta*, le plaignant, handicapé physique, se plaignait de ce que les établissements de bains de la station balnéaire dans laquelle il passait ses vacances n'étaient pas équipés des dispositifs nécessaires aux personnes handicapées pour accéder à la plage et à la mer. Examinant d'abord si sa plainte relevait du champ d'application matériel d'une disposition de la CEDH, la Cour européenne conclut que tel n'est pas le cas, dans la mesure où si la sphère de la vie privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne, la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables. Or, estime la Cour européenne, « *le droit revendiqué par M. Botta, à savoir celui de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable* » (para. 35). La conclusion à laquelle elle aboutit semble être influencée de manière déterminante par l'ampleur de l'obligation qui pèserait sur les Etats si elle admettait que le droit revendiqué relève bien de la notion de « vie privée ». Ayant jugé que tel n'était pas le cas, elle conclut par conséquent à l'inapplicabilité de l'article 14. Cette réserve de la Cour européenne dans l'interprétation du concept de « vie privée » peut être contrastée avec celle, beaucoup plus audacieuse, adoptée dans *Sidabras*. Dans celui-ci, se posait à elle la question de savoir si l'interdiction faite par la Lituanie aux anciens membres du KGB de postuler à un emploi dans le secteur privé peut être regardée comme une intrusion dans la « vie privée » du plaignant. La Cour européenne répond affirmativement à cette question en considérant qu'une interdiction aussi large affecte de manière très sensible la possibilité de l'intéressé à développer des relations avec le monde extérieur, et lui a dès lors créé de sérieuses difficultés en ce qui concerne la possibilité de gagner sa vie, avec les répercussions évidentes que cela engendre sur la jouissance de sa vie privée (para. 48). Cette divergence d'approche illustre le caractère casuistique et discrétionnaire de l'approche de la Cour européenne dans l'interprétation des différents concepts de la Convention.

L'ADA a un champ d'application matériel étendu, couvrant non seulement l'emploi, mais également notamment l'accès aux services (logement, transport,...). La Cour suprême US a toutefois interprété assez restrictivement l'interdiction de discrimination qu'il énonce. D'une part, elle a limité la possibilité de s'en prévaloir en cas de discriminations opérées par les états en invoquant l'immunité juridictionnelle de ceux-ci au titre du 11^e Amendement à la Constitution (arrêt *Garrett*)¹⁵⁰¹. Ensuite, même si elle a interprété largement la notion même de « handicap », laquelle semble également

couvrir une dépendance à la drogue ou à l'alcool lorsque celle-ci limite substantiellement une ou plusieurs activités majeures de la vie courante (arrêt *Raytheon v. Hernandez*)¹⁵⁰², elle a adopté une position favorable aux employeurs en appréciant de façon souple l'obligation qui pèse sur eux de prouver que les aménagements raisonnables qu'il doivent fournir aux personnes handicapées leur occasionneraient une « charge disproportionnée » par rapport à la conduite de leur entreprise (arrêt *US Airways v. Barnett*). Cette rigueur de la Cour suprême US s'est traduite par un rejet, au niveau des cours et tribunaux inférieurs, par un rejet de plus de 90% des plaintes fondées sur le handicap dans le domaine de l'emploi¹⁵⁰³.

Dans son arrêt gouvernant la question, la Cour suprême du Canada a en revanche adopté une attitude plus favorable aux handicapés (arrêt *Eldridge*). L'intéressé, sourd de naissance, alléguait que le refus par les régimes de services médicaux de la province de Colombie-Britannique de lui fournir un interprète gestuel diminuait sa capacité de communiquer avec ses médecins et les autres professionnels de la santé qu'il consultait, et augmentait de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces. Appliquant le critère de l'atteinte à la dignité humaine, pivot de sa jurisprudence relative à l'article 15 de la Charte, la Cour suprême du Canada conclut à l'existence d'une discrimination fondée sur le handicap en précisant que le constat de celle-ci est indépendant de l'existence d'une intention discriminatoire, et ajouta que cette discrimination ne peut être sauvée en vertu de son article premier en raison du non-respect du principe de proportionnalité. Il y a toutefois lieu de noter que dans le raisonnement de la Cour suprême du Canada, l'examen, au titre de l'article premier, des aménagements raisonnables et de leur charge éventuellement disproportionnée sert à justifier une discrimination préalablement constatée formellement, alors qu'en droit communautaire cet examen, mené en vertu de l'article 5 de la directive 2000/78, permet à une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap d'échapper à la qualification de discrimination.

En Australie, la jurisprudence est assez nuancée. Comme la Cour suprême du Canada, la Federal Court a jugé discriminatoire le refus opposé par une école de prévoir une assistance pour l'interprétation dans la langue des signes australienne aux fins de permettre à un enfant sourd de naissance de participer aux cours pleinement et dans les mêmes conditions que ses condisciples (arrêt

¹⁵⁰¹ Cet arrêt concernait l'accès à l'emploi ; en revanche dans l'arrêt *Tennessee v. Lane*, concernant l'accès aux bâtiments judiciaires, la Cour suprême US rejeta l'argument de l'immunité juridictionnelle du 11^e Amendement. Ces deux arrêts furent rendus par cinq voix contre quatre.

¹⁵⁰² C'est dans l'arrêt *Toyota v. Williams*, de 2002, que la Cour suprême US a fourni les critères d'interprétation de la notion de « handicap » figurant dans l'ADA. Dans son arrêt, elle a affirmé que le handicap doit limiter « substantiellement », c'est-à-dire « considérablement », « dans une large mesure », les activités de la personne qui en souffre, de sorte que ne sont pas couverts les altérations de santé qui n'interfèrent que de manière mineure dans l'exécution des tâches manuelles. En outre, la notion « d'activités majeures de la vie » visée par l'ADA vise les activités qui sont d'une importance centrale dans la vie quotidienne. De plus l'impact de l'altération doit être permanente ou au moins de longue durée, ce qui signifie que celle qui peut être corrigée n'est pas visée (arrêt *Sutton v. United Air Lines*, de 1999).

Clarke v. Catholic Education Office). En revanche, la High Court a affirmé que la discrimination n'était pas *en raison* du handicap même si le comportement en cause est effectivement causé par le handicap, dès lors qu'il n'est pas prouvé que, de manière générale, un tel comportement dépend de ce handicap. Pour la High Court, dans le cas du renvoi d'une école d'un élève ayant exprimé à plusieurs reprises un comportement violent et antisocial *en raison* de lésions cérébrales graves, la comparaison doit se faire entre l'attitude adoptée à son encontre et celle qui aurait été adoptée à l'encontre d'une personne n'ayant pas le même handicap, mais dans les mêmes circonstances de violences répétées (arrêt *Purvis*). Une telle approche a pour conséquence de réduire drastiquement la possibilité de faire constater une discrimination *en raison* d'un handicap. Ces deux arrêts montrent toutefois que la législation australienne a un champ d'application matériel très étendu couvrant non seulement l'emploi, mais également l'éducation, l'accès aux biens, aux services et aux bâtiments notamment.

VI – L'orientation sexuelle

a) La place

Comme celles fondées sur la religion et le handicap, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne sont interdites en droit communautaire que depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, soit en décembre 2003. Avant cette date, la Cour de justice a refusé d'interpréter la notion de « sexe » comme couvrant celle d'orientation sexuelle¹⁵⁰⁴ ou d'examiner le refus d'octroi d'un avantage social motivé par ce grief à la lumière du principe d'égalité (arrêt *Grant*). La Cour européenne a conclu dans l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta* qu'un tel grief de discrimination est également interdit par l'article 14 de la CEDH, même s'il n'est pas expressément mentionné par celui-ci. Aux Etats-Unis, l'orientation sexuelle semble occuper une place *sui generis* dans l'interprétation du 14^e Amendement par la Cour suprême US (arrêt *Lawrence*). Aucune législation fédérale ne prohibe les discriminations fondées sur ce motif¹⁵⁰⁵. Au Canada, la Cour suprême a jugé que l'orientation sexuelle constitue un motif *analogue* de discrimination susceptible de condamnation en vertu de l'article 15 de la Charte. En Australie, aucune législation fédérale ne proscrie ce type de discrimination¹⁵⁰⁶.

b) La portée

¹⁵⁰³ R. Schneller Ziegler, p. 842.

¹⁵⁰⁴ A l'inverse du Comité des droits de l'homme de l'ONU, lequel a, en 1992, considéré que le concept de « sexe » visé à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques couvre celui « d'orientation sexuelle », aff. *Toonan c. Australie*.

¹⁵⁰⁵ De sorte que s'il ne peut être établi qu'il est fondé sur le sexe, le harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle n'est pas prohibé, voy. l'arrêt de 2003 du 8^e Circuit dans *McCown v. St John's Health System*.

¹⁵⁰⁶ A l'inverse de certains états du Commonwealth. Ainsi, la Nouvelle Galles du Sud interdit les discriminations fondées sur l'homosexualité et l'Australie du Sud celles fondées sur la « sexualité », comprise comme visant l'hétérosexualité, l'homosexualité, la bissexualité et la transsexualité, cette dernière faisant l'objet d'un grief séparé en Nouvelle Galles du Sud.

La directive 2000/78 interdit les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans les domaines de l'emploi et de la formation professionnelle. Le législateur communautaire a également prévu le droit pour les Etats membres d'adopter des mesures d'action positive en faveur des personnes en fonction de leur orientation sexuelle, possibilité qui n'a aucun équivalent dans les autres ordres juridiques. Dans la hiérarchie des griefs de discrimination, l'orientation sexuelle est placée par le législateur sur le même pied que la religion et le handicap.

Dans la CEDH, la Cour européenne a affirmé que les distinctions fondées sur ce motif ne peuvent être justifiées que sur base de considérations très fortes (arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*), mais comme pour le sexe et la religion, sa jurisprudence manque de cohérence. Elle adopte une position beaucoup plus réservée si la différenciation intervient dans « un domaine traversant une phase de transition » ou s'il ne semble pas exister de dénominateur commun entre les Etats sur cette question (arrêt *Fretté* – adoption par un homosexuel ; *comp.* arrêt *Karner* – accès au logement¹⁵⁰⁷). Le fait que la Cour européenne ait par ailleurs interprété de manière favorable aux homosexuels le droit à la vie privée garanti par l'article 8 explique également que, compte tenu de la position subsidiaire attribuée par la Cour européenne à l'article 14, peu de cas de discrimination fondée sur ce motif sont en pratique examinés au titre de cette disposition. Il y a toutefois lieu de noter à cet égard que cette politique lui a notamment permis de constater que le licenciement de soldats de l'armée britannique en raison de leur homosexualité viole l'article 8, alors que la Cour de justice avait invité le tribunal national l'ayant interrogée dans la même affaire à retirer sa question préjudicielle compte tenu de son arrêt *Grant* (arrêt *Perkins*).

Aux Etats-Unis, le *test review* applicable lors de l'examen de constitutionnalité d'une classification opérant selon ce critère est quelque peu incertain. Dans son arrêt *Lawrence* de 2003, la Cour suprême US a déclaré inconstitutionnelle une législation du Texas bannissant la sodomie entre adultes homosexuels consentants dans un lieu privé, mais sans affirmer que la protection des pratiques homosexuelles est un droit fondamental garanti par le 14^e Amendement¹⁵⁰⁸, ce qui impliquerait l'application du *strict scrutiny test*. Cette imprécision a eu pour résultat que, au moins dans les états traditionnellement plus conservateurs, tels le Kansas (arrêt *Limon*) ou l'Arizona (arrêt *Standhardt v. Superior Court*), les cours continuent à soumettre ce type de classification au *test* le plus souple (*rational basis*), conformément à la jurisprudence *Bowers* de 1986.

¹⁵⁰⁷ Pour une analyse de ces arrêts, voy. respectivement p. 222 et 250.

¹⁵⁰⁸ Bien qu'ayant ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats-Unis ont assorti leur ratification de nombreuses réserves, en particulier le caractère non *self-executing* des articles 1 à 26, ce qui signifie que le Pacte ne crée aucun droit d'action pour un particulier devant les tribunaux américains (voy. l'arrêt *Buell v. Mitchell*, de 2001, de la *Court of appeals* du 6^e Circuit). Les tribunaux américains ne tiennent dès lors aucun compte de l'avis exprimé par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans l'affaire *Toonan c. Australie*, dans lequel il a considéré que les pratiques sexuelles consentantes entre personnes du même sexe relèvent du droit à la vie privée.

Au Canada, les discriminations fondées sur ce motif sont généralement condamnées par la Cour suprême du Canada. La prémisse sur laquelle repose l'analyse de la Cour suprême du Canada est que l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est, soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable. Toute distinction fondée sur ce motif est donc appréhendée comme portant atteinte à la dignité humaine d'un groupe vulnérable dans la société canadienne, et donc regardée comme discriminatoire, quel que soit le domaine considéré (arrêt *Little Sisters Book* – importation de littérature homosexuelle ; arrêt *Vriend* – licenciement ; arrêt *M. c. H.* – obligation alimentaire lorsqu'elle a été étendue aux unions formées par un homme et une femme qui remplissent des conditions de durée précises et sont conjugales), sauf lorsqu'il s'agit de déterminer le concept de « conjoint », mais uniquement¹⁵⁰⁹ aux fins du droit au mariage (arrêt *Egan*).

VII – L'âge

a) La place

Les discriminations fondées sur le motif de l'âge sont interdites en droit communautaire depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, soit décembre 2003, dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle. Même s'il n'est pas expressément mentionné dans la liste des motifs prohibés par l'article 14, la Cour européenne a admis que l'âge peut constituer un critère de différenciation interdit par cette disposition (arrêt *Bouamar*). Aux Etats-Unis, la Cour suprême US a jugé à plusieurs reprises, dans son examen du principe d'égalité devant la loi au titre du 14^e Amendement, que les classifications fondées sur l'âge sont soumises au *test review* le plus souple (arrêt *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*). Le Congrès américain a également adopté, en 1967, une législation interdisant les discriminations fondées sur l'âge dans le domaine de l'emploi, au profit des travailleurs âgés de plus de quarante ans (*Age Discrimination in Employment Act* – ADEA). Au Canada, l'âge figure parmi les motifs énumérés de discrimination interdite par l'article 15 de la Charte. En Australie, le législateur fédéral a adopté une législation interdisant les discriminations basées sur ce motif en 2004.

b) La portée

En droit communautaire, l'interdiction est applicable dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle, quel que soit l'âge du plaignant. Le législateur a réservé un traitement particulier aux discriminations fondées sur ce motif en prévoyant, dans une disposition spécifique – l'article 6 -, que les Etats membres peuvent prévoir que des différences de traitement basées, même directement, sur l'âge ne sont pas discriminatoires si elles sont motivées par des objectifs légitimes,

¹⁵⁰⁹ Lorsque est en jeu le versement d'indemnités d'assurance-accidents que la loi réserve aux seuls couples mariés, le critère de lien matrimonial est considéré discriminatoire (arrêt *Miron*). Cette position semble contraire

telle que la politique de l'emploi ou de la formation professionnelle. En outre, le même article dispose que n'est pas discriminatoire l'usage de l'âge comme critère d'adhésion à des régimes professionnels de sécurité sociale ou d'admissibilité aux prestations de retraite et d'invalidité. En revanche, en dépit de la mention dans un considérant, quatorze, que cette directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite, l'absence d'une disposition dans le corps de la directive fixant ce principe implique que la compatibilité avec la directive des législations établissant un âge de la retraite devra se faire dans le cadre de l'article 6, lequel laisse toutefois une marge de manœuvre assez large aux Etats membres. Il faut également souligner que, comme pour le handicap, la religion ou l'orientation sexuelle, le législateur a prévu la possibilité pour les Etats membres d'adopter des mesures d'action positive en faveur de groupes de personnes en fonction de leur âge, possibilité qui n'a aucun équivalent dans les autres ordres juridiques, sauf dans une certaine mesure dans la nouvelle législation fédérale australienne.

La Cour européenne n'a eu que très peu d'occasions d'interpréter l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge. Dans l'arrêt *Bouamar*, dans lequel était alléguée une discrimination entre adultes et mineurs placés en détention préventive, seuls les premiers bénéficiant obligatoirement d'un contrôle de la légalité de celle-ci par la chambre du conseil, dans les cinq jours de la délivrance du mandat d'arrêt la Cour européenne conclut à l'absence de discrimination en faisant valoir que cette différence de traitement résulte du caractère protecteur et non répressif de la procédure applicable aux mineurs, de sorte qu'elle est légitime et raisonnable.

Aux Etats-Unis également, la constitutionnalité des classifications selon l'âge est appréciée de manière très souple par la Cour suprême US, même lorsqu'il s'agit de la fixation d'un âge de la retraite (arrêt *Gregory v. Ashcroft*)¹⁵¹⁰. Son interprétation de l'interdiction édictée par l'ADEA illustre également sa volonté de laisser aux employeurs une marge de manœuvre la plus large possible. Ce n'est qu'en 2005, et de manière encore quelque peu ambiguë (arrêt *Smith v. City of Jackson*)¹⁵¹¹, qu'elle a admis que théorie du *systemic disparate impact* (discrimination indirecte) peut être invoquée dans ce contexte.

Au Canada, la Cour suprême a jugé à plusieurs reprises discriminatoires des mesures défavorisant les personnes âgées de plus de 65 ans, notamment en matière d'âge de retraite. Curieusement, la Cour suprême du Canada aboutit très vite au constat d'une discrimination, sans pourtant appliquer sa jurisprudence traditionnelle, laquelle requiert en principe que le plaignant prouve appartenir à un groupe défavorisé et que la discrimination affecte sa dignité humaine, mais estime dans les deux cas

à celle de la Cour de justice qui a jugé dans l'arrêt *KB*. que le fait que le législateur réserve certaines prestations aux couples mariés n'est pas discriminatoire.

¹⁵¹⁰ Pour une présentation de cet arrêt, voy. p. 300.

que cette discrimination est justifiée par l'article premier de la Charte en faisant une application plus souple qu'à l'ordinaire du *test de Oakes* (arrêts *McKinney* et *Stoffman*). Ces arrêts illustrent donc bien toute l'ambiguïté et la grande subjectivité du raisonnement tenu par la Cour suprême du Canada dans son approche de l'interdiction des discriminations¹⁵¹².

En Australie, la nouvelle législation fédérale interdit tant les discriminations directe qu'indirectes, et s'applique non seulement dans le domaine de l'emploi, mais également en matière d'éducation et d'accès aux biens et services. A l'inverse des législations prohibant les discriminations fondées sur la race, le sexe ou le handicap, cette nouvelle législation n'interdit toutefois pas le harcèlement fondé sur l'âge.

¹⁵¹¹ Pour une analyse de cet arrêt, voy. p. 347.

¹⁵¹² Elle refusa en revanche de considérer justifiée la discrimination opérée à l'encontre des personnes tombées au chômage après avoir atteint l'âge de soixante-cinq ans et auxquelles étaient refusées des prestations d'assurance-chômage en raison de leur âge (arrêt *Tetrault-Gadoury*).

Chapitre II – Propositions pour une nouvelle approche

Il est toujours hasardeux – voire présomptueux ! - de vouloir proposer de nouveaux principes généraux pouvant aider une juridiction dans sa mission d'interprétation. Si elle ne s'ancre pas dans la réalité jurisprudentielle de la juridiction en cause, toute tentative risque de n'être qu'un exercice intellectuel virtuel, au mieux intéressant, mais surtout dénué de tout intérêt pratique. Même en tenant compte de la façon la plus minutieuse possible de tous les détails de cette jurisprudence, pareille tentative peut facilement s'avérer vaine. Qui, encore en 1997, proposant un modèle de raisonnement visant à donner un effet utile à la notion de *citoyenneté* insérée aux articles 17 et 18 du traité CE, aurait pu imaginer qu'à peine un an plus tard¹⁵¹³, la Cour de justice allait certes atteindre ce but, mais par le recours à des critères de raisonnement inconnus jusqu'alors en droit communautaire et dont la pertinence juridique peut sérieusement être discutée ?¹⁵¹⁴

Le flottement de la jurisprudence actuelle sur le concept de discrimination justifie toutefois que l'on ose l'essai. La multiplication des griefs prohibés de discrimination et l'émergence d'un véritable principe *constitutionnel* d'égalité devant la loi motivent l'utilité de l'exercice. Par ailleurs, le recours à l'approche comparatiste permet de suggérer des critères de raisonnement dont la pertinence pratique a été validée.

En toute hypothèse, la Cour de justice ne pourra – ne devrait ? – pas faire l'économie d'une réflexion approfondie sur le futur des concepts d'égalité et de non-discrimination lorsque la Constitution entrera en vigueur. Le visage de la jurisprudence sur ces deux concepts sera dessiné par l'attitude que la Cour de justice adoptera sur les multiples dispositions de cette Constitution qui y sont relatives. Elle aura à choisir entre un modèle, « à l'américaine », d'une véritable égalité devant la loi et celui d'une interdiction protéiforme des discriminations (section 1). Quelle que soit la voie retenue, les concepts d'égalité et de discrimination ne pourront échapper à une réévaluation de leur place et de leur rôle en droit communautaire ; le rôle de la Cour de justice lui-même pourrait s'en trouver redéfini (section 2).

Section 1 – Egalité ou non-discrimination ?

Tant que la Constitution n'est pas entrée en vigueur, il n'existe pas véritablement de principe d'égalité devant la loi en droit communautaire. Seules sont applicables des interdictions spécifiques de discrimination fondée sur certains motifs. En revanche, après l'entrée en vigueur de la Constitution, le

¹⁵¹³ Arrêt *Martinez Sala*.

¹⁵¹⁴ Pour une présentation des problèmes posés par cette jurisprudence, voy. p. 468.

principe d'interdiction des discriminations (article II-81) coexistera avec un *principe* d'égalité (article II-80). La Cour de justice devra inévitablement définir les relations entre ces deux principes, lesquelles dépendront essentiellement de la valeur qu'elle accordera au principe d'égalité inscrit à l'article II-80 (§ 1). Le rôle de l'interdiction des discriminations spécifiques en droit communautaire sera tributaire de la réponse qui sera apportée à cette question (§ 2).

§ 1 – Vers une reconnaissance d'un véritable principe d'égalité ?

L'article II-80 de la Constitution proclame que « *toutes les personnes sont égales en droit* ». La lecture croisée de cette disposition et de celles qui la suivent dans la Constitution ne rend pas aisée la compréhension de la portée que le Constituant a voulu lui attribuer (voy. *supra*, I^{ère} Partie, chap. II, section 4, § 3). En l'absence d'indications claires, cette tâche reviendra à la Cour de justice. Pour autant que cette dernière lui attribue un effet direct – lequel semble découler du libellé de la disposition qui est rédigée au présent de l'indicatif¹⁵¹⁵, mais que les dispositions de l'article II-112 semblent mettre en cause – l'article II-80 instituera un véritable principe d'égalité devant la loi en droit communautaire, à l'instar du XIV^e Amendement en droit américain et du Protocole n° 12 dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme.

I – Une hiérarchisation de l'égalité

La caractéristique essentielle distinguant l'application pratique d'un principe d'égalité devant la loi de celle d'une interdiction de discriminations fondées sur des motifs spécifiques, est que même lorsqu'elle est fondée sur un critère non explicitement mentionné, une différence de traitement reste susceptible d'être interdite.

Comme l'a toutefois souligné, à juste titre, la Cour suprême US, la promesse d'une égalité en droit doit nécessairement se combiner avec la nécessité pour le législateur de continuer à établir des classifications en fonction de certains critères (arrêt *Romer v. Evans*). Le principe d'égalité pose donc la question de savoir qui – le juge ou le législateur – doit, *in fine*, se prononcer sur l'opportunité de la classification opérée et/ou le caractère approprié des moyens utilisés pour atteindre le but recherché par la classification.

Ni la Cour suprême US, la Cour suprême du Canada ou la Cour européenne – ces deux dernières dans le contexte d'une interdiction *non limitative* des discriminations – n'ont pu éviter de se prononcer sur cette question. Ces trois cours y ont toutefois apporté des réponses divergentes. La Cour suprême

¹⁵¹⁵ Voy., par analogie, le raisonnement tenu par la Cour de justice dans l'arrêt *Baumgart* (para. 84 à 86) à propos de l'effet direct de l'article 18 CE.

US y a répondu par l'établissement d'une *hiérarchie des critères de classification*, alors que la Cour suprême du Canada semble adopter une approche identique quel que soit le motif de différenciation. La Cour européenne suit une démarche intermédiaire : elle a, comme la Cour suprême US, établi une liste de critères vis-à-vis desquels elle considère qu'elle dispose d'un droit de regard approfondi, mais un examen attentif de sa jurisprudence montre qu'elle s'écarte assez régulièrement de cette position de principe.

L'attitude de la Cour suprême US paraît la seule à pouvoir être approuvée. Elle combine le respect des compétences du législateur – celui-ci doit pouvoir faire des choix en ayant une certaine marge de manœuvre – et la nécessité de soumettre ces choix à un contrôle juridictionnel, plus ou moins strict selon le critère de classification. A l'inverse, l'attitude de la Cour suprême du Canada et de la Cour européenne se caractérise souvent par une extrême subjectivité, laquelle s'appuie sur des raisonnements juridiques parfois fort contestables.

La Cour de justice devrait donc établir elle aussi une liste hiérarchisée des *valeurs* de l'Union européenne.

Ni la Constitution américaine, la CEDH ou la Charte canadienne ne fournissent d'indications sur les critères de classification appelant un examen juridictionnel plus strict. A l'opposé, la Constitution européenne regorge de tels indices. Non seulement l'article II-81 établit une liste indifférenciée de motifs prohibés de distinction, mais de nombreuses autres dispositions de la Constitution traitent des droits spécifiques de certaines catégories de personnes (minorités ethniques, femmes, enfants, personnes âgées, personnes handicapées, ...).

La Cour de justice ne pourra pas ignorer totalement ces indications. Ces dernières sont toutefois trop confuses et ambiguës pour être considérées comme liant la Cour de justice. Trois critères de différenciation semblent cependant appeler un contrôle très strict de la Cour de justice : la race (et l'origine ethnique), la nationalité et le sexe.

Le refus catégorique et systématique des classifications fondées sur la *race* est une évidence dans tout Etat démocratique moderne. Le respect des droits appartenant à une minorité ethnique figure par ailleurs expressément dans les « valeurs de l'Union » (article I-2 de la Constitution).

L'interdiction des discriminations fondées sur la *nationalité* est, depuis l'origine, la pierre angulaire du droit communautaire. Il ne serait pas admissible que l'instauration d'un véritable principe d'égalité se traduise par un amoindrissement de la portée de cette interdiction. Il faut pourtant constater que la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services depuis la fin des années quatre-vingt illustre l'attitude parfois équivoque de la Cour de justice sur la portée de cette interdiction lorsque la classification n'opère qu'*indirectement* sur la nationalité.

Actuellement, les discriminations, surtout indirectes, fondées sur le *sexe* sont généralement soumises à un examen moins rigoureux de la part de la Cour de justice que les discriminations fondées sur la nationalité. Pareille attitude est également adoptée par la Cour suprême US et, quoique de manière moins nette, par la Cour européenne. Elle ne semble toutefois plus acceptable en droit communautaire. Plusieurs dispositions de la Constitution, confirmant l'évolution des modifications du traité intervenues depuis 1957, confortent l'idée que le Constituant entend conférer la protection la plus étendue à l'égalité entre hommes et femmes. Celle-ci est expressément mentionnée comme « valeur de l'Union » à l'article I-2, et comme « objectif de l'Union » à l'article I-3 ; l'article II-83 établit par ailleurs que « l'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines ».

S'il paraît inévitable que ces trois critères de différenciation soient placés au sommet des discriminations *odieuses* – pour reprendre la terminologie américaine –, il n'est guère aisé de préfigurer le degré de contrôle qui devrait s'appliquer aux autres.

S'agissant de la *religion* et de l'*orientation sexuelle*, l'attitude de la Cour européenne ou de la Cour suprême US est assez ambivalente. Après l'arrêt *Lawrence* de 2003, il est devenu difficile de déterminer le *test review* appliqué par la Cour suprême US aux différenciations fondées sur l'orientation sexuelle, et son analyse constitutionnelle des classifications fondées sur la religion, dans le cadre du Premier Amendement, est toute empreinte d'ambiguïté. Celle-ci peut également être décelée dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Il ne peut dès lors être exclu – et cela semble vrai pour tous les motifs de différenciation autres que la race, la nationalité et le sexe – que la position de la Cour de justice risque d'être influencée par la première affaire dans laquelle elle sera invitée à se prononcer. Si, concernant la religion, c'est la question du port du voile islamique qui lui est d'abord soumise, on peut raisonnablement penser que la Cour de justice ne voudra pas s'immiscer dans des débats extrêmement sensibles dans plusieurs Etats membres et laissera une marge de manœuvre importante à ces derniers pour justifier les inégalités créées. S'agissant de l'orientation sexuelle, le précédent de l'arrêt *Grant*, mais aussi sa réticence à examiner si la solution atteinte dans celui-ci est transposable dans l'hypothèse d'un licenciement motivé exclusivement par l'orientation sexuelle de l'intéressé (affaire *Perkins*), peuvent également laisser présager la reconnaissance par la Cour de justice d'une marge de manœuvre importante aux Etats membres.

Religion et orientation sexuelle illustrent bien à cet égard la difficulté de la tâche qui attend la Cour de justice. Si l'Union européenne s'est définitivement affranchie de la vision purement économique à laquelle était limitée la Communauté économique européenne et si les *citoyens* de l'Union se sont vu reconnaître par les derniers traités, et plus encore par la Constitution, des droits « non économiques »

auxquels les « travailleurs » ne pouvaient aspirer en 1957, on ne peut cependant que se demander si la Cour de justice est réellement la mieux placée pour juger du droit, dans les différents Etats membres, à la non-discrimination fondée sur de tels motifs de différenciation ? La Cour de justice n'est pas une cour suprême comme peuvent l'être la Cour suprême US ou la Cour suprême du Canada, et n'a pas vocation à être une Cour *des droits de l'homme*, comme l'est la Cour européenne. Dans ce domaine, elle n'est donc pas assurée que ses arrêts jouiront de la même autorité.

Mais plutôt qu'un frein, ce constat devrait au contraire constituer un incitant pour la Cour de justice à rendre plus transparente sa jurisprudence, et en particulier les raisonnements qu'elle utilise. Une telle transparence devra, nécessairement, pour être crédible passer par la détermination de la place de la religion et de l'orientation sexuelle dans la hiérarchie des valeurs de l'Union, ainsi que par l'acceptation des conséquences de ce choix (voy. *ci-dessous*).

Si religion et orientation sexuelle appellent des prises de position reposant sur des choix moraux ou existentiels très difficiles, la jurisprudence de toutes les cours suprêmes montre que les solutions auxquelles ces dernières aboutissent lorsque les classifications opèrent en fonction du *handicap* ou de *l'âge* dépendent, dans une très large mesure, des conséquences financières de ces solutions pour les Etats concernés. Plus (USA et Australie) ou moins (Canada) explicitement, ces critères de différenciation sont donc régulièrement soumis à un test de constitutionnalité ou de légalité dont la rigueur varie en fonction de considérations plus économiques que juridiques, en particulier dans le domaine de l'emploi. La manière même dont est rédigée la directive 2000/78, et notamment l'importance accordée au concept d'*aménagement raisonnable*, ne devrait pas pouvoir faire échapper la Cour de justice à la même logique que celle des autres cours dans le cas des discriminations fondées sur le handicap.

II – Ses conséquences

La hiérarchisation des motifs de différenciation dans le contexte d'un principe constitutionnel d'égalité n'a de sens et d'intérêt que si elle s'accompagne d'une *variation dans le contrôle juridictionnel* exercé sur les violations alléguées de ce principe. C'est précisément dans les modalités du raisonnement mené que se place l'exigence de transparence.

Accepter que tous les motifs de différenciation ne sont pas égaux impliquera pour la Cour de justice une modification profonde de son approche actuelle du principe non-discrimination. Ainsi, la réaffirmation du rejet de principe des différenciations fondées sur la nationalité dans le cadre de l'application d'un principe d'égalité devant la loi impliquerait que la Cour de justice abandonne largement son approche casuistique actuelle et adopte une démarche uniforme et stricte vis-à-vis de telles classifications. De même, une « promotion » de l'égalité entre les sexes imposerait à la Cour de justice d'adopter une attitude plus stricte à l'égard des classifications fondées sur le sexe, et

notamment de ne plus accepter aussi facilement qu'aujourd'hui les arguments de politique sociale avancés par les Etats membres au soutien de pareilles classifications. En revanche, lorsque la différenciation est basée sur un critère tel que l'âge, par exemple, la Cour de justice devrait accepter, à l'instar de la Cour européenne et de la Cour suprême US, de ne censurer que les violations *déraisonnables* du principe d'égalité.

La hiérarchisation des motifs de différenciation devrait donc constituer la réponse de la Cour de justice à la question, rappelée par le juge Stevens de la Cour suprême US : *qui devrait décider ?* Concrètement, cette réponse devra se traduire par une redéfinition du rôle de la Cour de justice dans la détermination de ce qui constitue une différenciation interdite (voy. *ci-dessous*, section 2).

§ 2 - ... Ou une interdiction différenciée des discriminations ?

Dans l'hypothèse où la Cour de justice consacrerait l'effet direct de l'article II-80 de la Constitution, les autres dispositions de celle-ci contenant des interdictions spécifiques de discrimination perdraient beaucoup de leur utilité, puisque leur champ d'application serait tout à la fois absorbé et débordé par celui de l'article II-80. Elles pourraient certes servir d'indications à la Cour de justice concernant l'importance accordée par le Constituant aux classifications fondées sur ces motifs particuliers, et ainsi la guider dans son interprétation du principe d'égalité. Comme indiqué *ci-dessus*, ces indications sont toutefois souvent trop confuses ou ambiguës pour prétendre pouvoir réellement lier la Cour de justice. Comme l'a relevé M. Bell¹⁵¹⁶, il est permis de se demander si les distinctions établies entre les motifs de discrimination sont le résultat de choix raisonnés ou le reflet d'incohérences injustifiées.

I – Une hiérarchisation des motifs de discrimination

Si, en revanche, la Cour de justice estimait ne pas devoir reconnaître un effet direct au principe d'égalité de l'article II-80, ou si la Constitution ne devait pas entrer en vigueur, le droit communautaire resterait dépourvu d'un véritable *principe d'égalité*. Dans ce cas, la seule modification que l'on pourrait constater par rapport à la situation actuelle, si la Constitution entre en vigueur, concernerait le nombre de motifs prohibés de discrimination.

L'exercice de *hiérarchisation* des motifs de discrimination ne serait pas moins indispensable, même dans un tel cas, et le serait même si la Constitution n'entrait pas en vigueur. Dès 1985, soit bien avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, la Cour européenne a reconnu la nécessité de distinguer

¹⁵¹⁶ « Equality ... », p. 256.

entre les différents motifs de discrimination, prohibés pourtant de manière indifférenciée par l'article 14 de la CEDH.

L'exigence de procéder à une telle distinction en droit communautaire découle de l'entrée en vigueur des directives 2000/43 et 2000/78, lesquelles ajoutent, à la nationalité et au sexe, cinq critères de différenciation interdits. Elle sera renforcée, mais non induite, par l'entrée en vigueur de la Constitution.

II – Une hiérarchisation fixe ou à géométrie variable ?

L'absence d'une Constitution pourrait toutefois influencer le degré du contrôle juridictionnel qui devrait être exercé par la Cour de justice. Dans un tel cas, le champ d'application matériel des interdictions spécifiques de discrimination énoncées par la directive 2000/78 serait limité aux seuls domaines de l'emploi et de la formation professionnelle. L'octroi d'une marge de manœuvre assez grande aux Etats membres serait-il encore admissible ou au contraire la demande d'un contrôle juridictionnel strict ne serait-elle pas accrue ?

Il n'existe vraisemblablement pas de réponse unique à cette question, mais plusieurs considérations semblent devoir être prises en considération.

Il convient tout d'abord de reconnaître que, même limitée au seul domaine de l'emploi ou de la formation professionnelle, l'interdiction de discrimination fondée sur la religion soumettra la Cour de justice à un test délicat lorsqu'elle sera confrontée à l'interdiction du port du voile à l'école. Ainsi qu'indiqué *ci-dessus*, il ne peut être exclu que la Cour de justice ne veuille pas s'immiscer dans un débat hautement sensible dans plusieurs Etats membres et laisse à ces derniers une marge de manœuvre importante. Cela signifierait-il pour autant qu'elle doive aussi leur reconnaître une même marge d'appréciation dans le cas d'une interdiction sur les lieux de travail ?

De la même manière, l'interdiction de discrimination fondée sur la race, affirmée par la directive 2000/43 et applicable dans tous les domaines d'application du traité, appelle-t-elle un contrôle juridictionnel, extrêmement strict, identique aussi en dehors du domaine de l'emploi ou de l'éducation ? Si une réponse affirmative à cette question semble évidente lorsqu'il s'agira de *sanctionner une interdiction*, il est permis en revanche de s'interroger sur la réponse qui devrait être donnée lorsque sera en cause une *promotion* de la discrimination par le biais d'actions positives.

Tant la Cour européenne que la Cour suprême US ont été confrontées à ces questions. Alors que la Cour européenne adopte clairement une approche à géométrie variable en adaptant, subjectivement,

son raisonnement selon le domaine considéré¹⁵¹⁷, la Cour suprême US s'est tout aussi nettement prononcée en faveur d'une attitude identique quel que soit le contexte¹⁵¹⁸. La jurisprudence casuistique de la Cour, tant dans le domaine de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services que dans celui de l'égalité entre hommes et femmes, et du Tribunal peuvent légitimement faire craindre qu'elle maintienne cette approche casuistique aussi vis-à-vis des autres critères de différenciation, et emprunte donc plutôt la démarche, discrétionnaire, de la Cour européenne que celle, plus transparente, de la Cour suprême US.

Sur le fond, cette attitude à *géométrie variable* est défendable. L'exercice d'un contrôle plus ou moins strict des différenciations fondées sur un critère précis de différenciation selon le domaine particulier dans lequel il opère, ou selon qu'il vise à discriminer ou à réparer une discrimination passée, procède d'un *choix* en lui-même légitime.

Sur la forme en revanche, un tel choix perd toute crédibilité s'il ne s'appuie pas sur une motivation connue à l'avance, certaine et contraignante pour la Cour de justice elle-même. Un tel choix de la Cour de justice exigerait donc de sa part un abandon de son approche casuistique.

Section 2 – Redéfinition des concepts et du rôle de la Cour de justice

La hiérarchisation de l'égalité, ou des motifs de discrimination, et son complément pratique d'une modulation du contrôle juridictionnel exercé, sont une nécessité rendue indispensable par le chaos engendré par l'approche casuistique de la Cour de justice. En pratique toutefois, cette hiérarchisation ne pourra produire de réels effets que si la Cour de justice s'attache, d'abord, à redonner un sens clair aux concepts qu'elle utilise.

Dans les jurisprudences des autres cours suprêmes, les concepts de « discrimination directe » et de « discrimination indirecte » ont un contenu clair et précis¹⁵¹⁹, et les causes de justification possible de ces discriminations sont clairement identifiées. En droit communautaire, il ne paraît plus possible aujourd'hui de faire le même constat. La tâche la plus urgente à laquelle la Cour de justice devrait par conséquent s'atteler, consiste à redonner un sens et une identité à ces notions (§ 1). Cette tâche

¹⁵¹⁷ Contrôle strict lorsqu'il s'agit de la location d'un bien (arrêt *Kantner*), mais souple dans le cas de l'adoption (arrêt *Frette*) à l'égard des classifications fondées sur l'orientation sexuelle. La même constatation peut être faite à propos des différenciations fondées sur la religion, voy. II^e Partie, chap. I.

¹⁵¹⁸ Le même *strict scrutiny test* est appliqué qu'il s'agisse d'une discrimination au détriment des Afro-américains ou d'une *affirmative action* à leur bénéfice (arrêt *Adarand*).

¹⁵¹⁹ C'est indéniable aux USA, au Canada et en Australie, même si ce contenu diverge de pays à pays. Ce l'est déjà moins dans la jurisprudence de la Cour européenne. L'ambiguïté jurisprudentielle sur le contenu de la notion de discrimination serait-elle une particularité européenne ?

supposerait également que la Cour de justice accepte de redessiner les contours de son intervention lorsqu'elle interprète ces concepts (§ 2).

§ 1 – Discrimination, entrave et raison impérieuse, un sens retrouvé

De toutes les cours suprêmes étudiées, seule la Cour de justice a, pour des raisons propres au droit communautaire, eu recours à la notion d'*entrave* pour analyser des mesures ou pratiques qui auraient pu, très souvent, être appréhendées par le biais du seul concept de discrimination, directe ou indirecte. Ce recours est devenu tellement fréquent qu'il peut être soutenu qu'il a perverti la notion même de discrimination *indirecte*, en particulier dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services. Il convient de garder à l'esprit cette particularité du droit communautaire si l'on veut suggérer une nouvelle approche du concept de discrimination. Il n'en demeure pas moins que l'ambiguïté des relations entre *entrave*, *discrimination indirecte* et même *discrimination directe* est telle, que la Cour de justice ne peut plus ignorer les appels répétés de ses avocats généraux et doit préciser le rôle et la portée de chacun de ces concepts.

I – La discrimination directe et sa justification

Dans la jurisprudence récente, une discrimination directe fondée sur la *nationalité* reste bien sûr justifiable par une des réserves expressément mentionnées par le traité, mais la Cour de justice accepte, le plus souvent implicitement, d'examiner aussi les raisons impérieuses avancées par les Etats membres pour la justifier. En revanche, lorsqu'elle est fondée sur le sexe, aucun motif légitime, ni du traité – lequel ne prévoit pas de dérogation possible (arrêt *Johnston*) – ni créé par la Cour de justice, ne peut la justifier.

Le principe d'égalité défini dans l'arrêt *Rückdeschel* n'interdit pourtant pas de justifier une différence de traitement, même directement fondée sur un motif expressément visé. Par ailleurs, tant la Cour européenne que la Cour suprême US ou la Cour suprême du Canada ont, de tout temps, considéré que de telles discriminations sont justifiables. Il n'y a pas de raisons théoriques qui s'opposent à ce que la Cour de justice admette également, explicitement, une telle possibilité, et accepte d'examiner si une différence de traitement fondée directement sur la nationalité ou le sexe est justifiable au titre d'un motif tiré du traité¹⁵²⁰ ou d'une raison impérieuse invoquée par un Etat membre ou une entreprise.

¹⁵²⁰ S'agissant du sexe, les motifs d'ordre public, sécurité publique et santé publique ne pourraient certes pas être invoqués au titre d'une disposition du traité, mais ils pourraient certainement l'être en tant que raisons impérieuses.

Il devrait en aller de même pour les autres griefs prévus par les directives 2000/43 et 2000/78 ou ceux figurant dans la Constitution. Il est vrai que ces deux directives, comme les directives régissant actuellement l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, ne prévoient pas la possibilité de justifier des différences de traitement basées directement sur un de ces critères¹⁵²¹. Cette situation ne découle toutefois pas d'un réel choix raisonné de la part du législateur, mais dérive seulement du constat fait par celui-ci que la Cour de justice n'a pas accepté jusqu'à présent la justification des discriminations directes. Ce silence législatif ne devrait donc pas représenter un empêchement dirimant pour la Cour, pas plus que la lettre du traité n'en a constitué un lorsqu'elle a considéré qu'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité peut être justifiée par une raison impérieuse.

Suggérer que la discrimination directe devrait pouvoir être justifiée en droit communautaire n'est pas une fin en soi. Cette suggestion a un *objectif* précis et doit induire une *conséquence pratique* immédiate. L'objectif est de réattribuer un sens et une portée spécifiques au concept de discrimination directe et de l'en retirer de la notion plus vaste – et plus vague – d'entrave. La conséquence pratique nécessaire, est de lier le constat de l'existence d'une discrimination directe au degré du contrôle juridictionnel qui devrait être exercé par la Cour de justice après qu'elle a opéré ce constat (voy. *ci-dessous*, le § 2).

Des divergences peuvent par ailleurs être enregistrées dans la jurisprudence des différentes cours suprêmes quant à la manière d'aboutir au constat d'une discrimination *directe*. Du caractère crucial d'un lien causal entre le motif de différenciation et la décision servant de base à l'allégation de discrimination en Australie, au rapport de la preuve d'une intention discriminatoire dans le cadre du Titre VII aux USA, les modalités de vérification de l'existence d'une discrimination directe peuvent varier et sont souvent très codifiées par les différentes cours suprêmes.

Rien ne semble, a priori, justifier une importation d'une quelconque de ces modalités en droit communautaire, puisque, de façon générale, le critère dégagé par la Cour de justice – une discrimination directe est celle qui est fondée ouvertement sur le critère prohibé, peu importe notamment le caractère intentionnel de la distinction – fonctionne bien. Une réattribution d'un sens spécifique au concept de discrimination *directe* et la possibilité de justifier celle-ci, permettrait toutefois à la Cour de justice d'éviter de devoir parfois recourir à des artifices peu crédibles pour qualifier de discrimination indirecte une mesure affectant exclusivement les personnes d'un sexe déterminé (arrêt *Schnorbus*).

¹⁵²¹ Dans la définition de la discrimination directe donnée par ces directives. Il convient de noter toutefois que la directive 2000/78 prévoit la possibilité, dans une disposition séparée, de justifier des discriminations fondées directement sur l'âge.

Il convient encore toutefois de rappeler qu'une discrimination ne peut être constatée qu'entre personnes (ou biens) se trouvant dans une situation *comparable*. L'attitude actuelle de la Cour de justice peut néanmoins parfois laisser perplexe. Ainsi, dans l'arrêt *Martinez Sala*, elle a jugé que soumettre l'octroi d'un avantage à un ressortissant d'un autre Etat membre à l'obligation d'obtenir une carte de résidence constitue une discrimination fondée sur la nationalité ... alors que les nationaux ne peuvent, juridiquement, être dans une situation comparable au regard des conditions de séjour. De même dans l'arrêt *Oulane*, elle a considéré que constitue une discrimination directe fondée sur la nationalité l'obligation pour les ressortissants des autres Etats membres, séjournant dans l'Etat membre d'accueil, d'être toujours en possession d'un document d'identité quand une telle obligation n'est pas imposée aux nationaux ... alors que, une fois encore, ces derniers ne sont pas dans une situation comparable au regard de leur droit de séjour, ce que confirme par ailleurs la jurisprudence de la Cour de justice elle-même (arrêts *Sagulo* et *Oteiza Olazabal*). C'est pourquoi il n'est pas aisé de déceler une solution cohérente dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Kaba 2*, dans laquelle elle jugea que nationaux et ressortissants des autres Etats membres ne sont pas dans une situation comparable en termes de droit de séjour, de sorte que les seconds ne peuvent revendiquer un avantage particulier. Cette attitude casuistique discrétionnaire conforte l'exigence d'un réexamen de sa jurisprudence récente sur le concept de *discrimination*.

II – La discrimination indirecte et sa justification

Lorsque, en 1974 dans l'arrêt *Sotgiu*, la Cour de justice étendit aux discriminations *indirectes* l'interdiction de discriminer édictée par l'article 39 du traité, c'est au motif qu'une mesure, opérant sous le couvert d'un motif neutre, pouvait en réalité aboutir *au même résultat* que celle créant une discrimination directement fondée sur la nationalité. C'est précisément parce qu'elle aboutissait à un résultat identique que la Cour de justice l'a soumise au même régime que la discrimination directe, à savoir l'impossibilité de la justifier par d'autres raisons que celles expressément prévues par le traité¹⁵²².

Cet enseignement fondamental de sa jurisprudence initiale dans la libre circulation des personnes et des services est aujourd'hui oublié. Le recours quasi-systématique à la notion d'entrave pour qualifier une mesure manifestement discriminatoire n'y est certainement pas étranger. Par ailleurs, sous l'influence du droit américain, la Cour de justice opta quelques années plus tard pour une autre vision de la discrimination indirecte, lorsque celle-ci est fondée sur le sexe, puisque, dès l'origine, une telle

¹⁵²² Pareille conclusion prenait déjà, en elle-même, quelques libertés avec le libellé du traité, puisque, ni l'article 39, paragraphe 2, du traité ni le règlement 1612/68, qui contiennent le principe de l'interdiction de discrimination, ne prévoient la possibilité de justifier une discrimination, même pour des raisons d'ordre public. Cette dernière réserve n'est ouverte, tant par l'article 39, paragraphe 3, du traité que par la directive 68/360, aux

discrimination fut jugée justifiable en droit communautaire. Pourtant, cette conclusion suivait le même constat que la discrimination indirecte a pour effet d'aboutir au même résultat qu'une discrimination directe.

Aujourd'hui, sous réserve d'une jurisprudence très minoritaire, toutes les discriminations *indirectes*, qu'elles soient fondées sur le sexe ou la nationalité, sont justifiables. Le législateur a prévu une même solution pour les griefs des directives 2000/43 et 2000/78. L'analyse comparatiste enseigne que la discrimination indirecte est justifiable dans *tous* les autres ordres juridiques étudiés. Ce double constat ne doit toutefois pas faire oublier que le revirement de la jurisprudence depuis l'arrêt *Sotgiu* n'a, *jamais*, fait l'objet de la moindre explication de la part de la Cour de justice.

Il est donc important que la Cour de justice rende un sens et une portée spécifiques à la notion de discrimination indirecte, aujourd'hui diluée dans le concept générique d'entrave. Or, une discrimination *indirecte* reste une discrimination. En ce sens, elle a une proximité génétique forte avec la discrimination directe. Une discrimination indirecte, tout autant qu'une discrimination directe, agit, plus ou moins manifestement selon le cas, *au détriment* d'une femme/homme ou d'un étranger (marchandise ou personne). La discrimination indirecte n'est donc pas seulement une entrave, puisqu'elle peut avoir pour *objet* de discriminer. Ainsi, lorsque, dans l'arrêt *Portugaia Construções*, elle considère que, même si les travaux préparatoires d'une loi allemande révèlent, de manière indiscutable, que cette dernière a pour objectif de protéger les entreprises nationales de la concurrence étrangère, cette mesure doit être regardée seulement comme créant une entrave, la Cour de justice *dénature* le concept de discrimination et affaiblit par conséquent sa portée.

Le recours à la théorie des entraves a d'ailleurs abouti à une seconde dénaturation du concept de discrimination indirecte. En jugeant qu'une entrave peut être sauvée si elle satisfait, notamment, à la condition de s'appliquer de manière non *discriminatoire*, en affirmant, souvent de manière confuse et maladroite, que cette condition signifie que la mesure doit être *indistinctement applicable*, et en précisant que cette condition est remplie si la mesure est simplement *formellement* indistinctement applicable, la Cour de justice vide de tout sens utile le concept de discrimination indirecte. Elle lui attribue un sens différent selon qu'elle utilise ce concept de manière autonome ou comme condition devant être remplie pour permettre la justification d'une entrave.

Rendre un sens à la notion de discrimination *indirecte* impliquerait donc que la Cour de justice reprenne une tâche à laquelle elle a renoncé depuis longtemps, à savoir vérifier¹⁵²³ l'existence d'une

Etats membres que pour restreindre le droit au déplacement et au séjour des ressortissants des autres Etats membres.

¹⁵²³ Ou du moins, puisque le juge national est, en principe, le seul à pouvoir connaître réellement des faits dans le cadre d'une procédure préjudicielle, à fournir à ce dernier les critères lui permettant de procéder à cet exercice.

discrimination et ne plus se contenter d'affirmer que la mesure ou pratique en cause *est susceptible d'empêcher ou de dissuader* une personne d'exercer son droit à la libre circulation.

Si la Cour de justice réattribuait son sens originel à la discrimination indirecte, il en découlerait que de nombreuses mesures, qu'elle qualifie aujourd'hui d'*entraves*, devraient être perçues comme des discriminations *indirectes*. Ainsi, dans la libre circulation des marchandises, une mesure nationale réservant la dénomination « bière » aux seuls produits, nationaux ou communautaires, remplissant certaines conditions strictes, mais dont le but évident était la protection des petites brasseries nationales, devrait être qualifiée de mesure indirectement discriminatoire, et pas seulement d'entrave (arrêt *Commission c. Allemagne*, « bière » - 178/84). De même, dans le domaine de la libre circulation des personnes, une mesure nationale refusant de prendre en compte les périodes d'activité effectuées dans les autres Etats membres par un professeur d'université, aux fins du calcul d'une indemnité spéciale d'ancienneté, crée une discrimination indirecte et pas seulement une entrave (arrêt *Köbler*). De même encore, dans la libre prestation des services, une mesure nationale subordonnant la prestation de services par des agents en brevets à une obligation d'élire domicile auprès d'un mandataire agréé, crée une discrimination manifeste, et pas seulement une entrave (arrêt *Commission c. Luxembourg* (« agents en brevet » - C-478/01)).

Comme dans le cas de la discrimination directe, proposer que soit rendu tout son sens à la notion de discrimination indirecte vise à faire sortir celle-ci du concept générique d'entrave, et par conséquent à restituer à chaque notion le sens et la portée qui devraient être les siens. Cette redéfinition de la place et du rôle de chacune impliquerait également que la Cour repense son rôle lorsqu'elle est confrontée à l'une ou à l'autre (voy. *ci-dessous*, le § 2).

III – L'entrave et sa justification

L'*entrave* est aujourd'hui le concept le plus vague et le plus subjectif auquel a recours la Cour de justice, particulièrement dans la libre circulation des personnes et la libre prestation des services.

Dans la libre circulation des marchandises, la Cour de justice a jugé que la notion de mesure d'effet équivalent se *définit* comme visant toute mesure susceptible *d'entraver* le commerce intracommunautaire. Dans la libre circulation des personnes et des services, elle a jugé que ce droit à la libre circulation *s'oppose* aux *entraves*, c'est-à-dire à toutes mesures *susceptibles de dissuader* une personne d'exercer ce droit.

Dans la libre circulation des marchandises, la notion d'*entrave* est très large, mais son existence reste en principe vérifiable concrètement. Il n'en est pas de même dans la libre circulation des personnes et des services. Que recouvre *objectivement* l'idée qu'une mesure est susceptible de dissuader quelqu'un d'exercer un droit à la libre circulation ? Comment établir *objectivement* qu'une

mesure spécifique est de nature à *dissuader* quelqu'un souhaitant exercer son droit à la libre circulation, alors que, vraisemblablement, il n'a pas connaissance de l'existence de cette mesure – laquelle n'existe peut-être d'ailleurs même pas encore lorsqu'il exerce effectivement ce droit – et qu'il pourrait n'y être confronté que lors de son retour dans son Etat membre d'origine dix ou vingt ans plus tard ?

On ne peut dès lors qu'éprouver une certaine perplexité quant à la motivation *juridique* ayant pu inciter la Cour de justice à recourir, de manière aussi abstraite que fréquente, à cette notion éminemment *subjective* dans la libre circulation des personnes et des services, alors que, dans les faits, elle s'applique, dans une très grande majorité de cas, à des situations contenant une discrimination.

Dans la libre circulation des marchandises, l'hypothèse de départ est quelque peu différente, car l'*entrave* sert à *définir* la notion de mesure d'effet équivalent. Dans ce domaine, la Cour de justice devait pallier à l'insuffisance de la condamnation des seules restrictions quantitatives, et se devait d'assurer la portée la plus étendue possible à la notion de mesure d'effet équivalent. Le choix d'une signification large répondait par conséquent à la nécessité d'éviter une faille dans la réalisation d'une liberté fondamentale du traité. Ce choix était, à cet égard, influencé également par la solution atteinte à propos des taxes d'effet équivalent dans l'arrêt *Sociaal fonds voor Diamantarbeiders*.

Pareille nécessité n'existait pas dans les autres libertés, puisque la lettre du traité (articles 39, 43 et 50) prévoyait que la libre circulation comporte l'élimination des *discriminations*, et surtout dans la mesure où, dans la pratique, cette dernière permettait d'assurer, pleinement, la réalisation de ces libertés. Le recours à la notion d'entrave dans la libre circulation des personnes a d'ailleurs précédé dans le temps la première hypothèse dans laquelle une *entrave non discriminatoire* put être constatée (arrêt *Lehtonen*).

En toute hypothèse, la définition, subjective, de l'*entrave* dans la libre circulation des personnes et des services n'est pas satisfaisante. Même dans la libre circulation des marchandises, son utilisation pourrait être restreinte s'il était fait recours de manière appropriée à la discrimination indirecte pour qualifier des situations comportant une telle discrimination.

Il faut par ailleurs constater que l'utilisation très fréquente par la Cour de justice de la théorie de l'entrave ne l'empêche pas d'adopter parfois d'autres raisonnements pour appréhender une situation identique, ce qui rend encore plus difficile la compréhension de la jurisprudence.

Ainsi, depuis longtemps, la Cour de justice a été confrontée aux demandes de ressortissants d'un Etat membre invoquant le droit communautaire à l'encontre de cet Etat membre lorsqu'ils y reviennent après avoir exercé leur droit à la libre circulation. Pour conclure que cet Etat membre a violé l'article 39 (ou 43) du traité, elle utilise, indifféremment, trois raisonnements différents. Elle considère parfois

l'intéressé « comme s'il » était un ressortissant d'un autre Etat membre, lequel, dans pareille situation serait victime d'une discrimination indirecte (arrêt *Asscher*). Elle a parfois aussi jugé que l'intéressé est discriminé par rapport au national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, en créant à cette fin le concept de discrimination fondé sur l'usage du droit à la libre circulation (arrêt *Vougioukas*). Dans la lignée de son recours régulier à la théorie des entraves, il lui arrive également de conclure que l'intéressé a été dissuadé d'exercer son droit à la libre circulation et qu'il a donc fait l'objet d'une entrave contraire au traité (arrêt *Kranemann*).

Dans les trois cas, elle a exercé un même degré de contrôle pour vérifier si la mesure en cause pouvait être justifiée. Ce type de jurisprudence démontre donc également la nécessité de rendre un sens utile à la notion d'*entrave*, lequel doit tenir compte du sens et de la portée du concept de *discrimination*, directe ou indirecte.

Une entrave pourrait par conséquent être définie comme une mesure (ou une pratique) qui n'a pas, objectivement, pour objet ou effet, de *défavoriser* un bien ou une personne provenant d'un autre Etat membre, mais qui a néanmoins pour effet de créer une gêne à la libre circulation de ce bien ou de cette personne. L'affaire *Lethonen* constitue toujours l'illustration la plus parfaite de cette définition : une réglementation sportive avantageait les ressortissants communautaires par rapport aux nationaux, mais les désavantageait par rapport aux ressortissants de pays tiers. Elle n'avait donc, ni pour objet ni pour effet, de défavoriser les ressortissants des autres Etats membres par rapport aux nationaux, mais la limitation qu'elle posait à leur libre circulation – en les empêchant d'intégrer un autre championnat après une certaine date – avait cependant pour effet de gêner celle-ci.

La tâche consistant à déterminer, avec un minimum de certitude, si une mesure a, en pratique, pour effet de défavoriser un bien ou une personne provenant d'un autre Etat membre, n'est bien sûr pas toujours aisée. Dans un tel cas, le doute devrait pouvoir profiter à l'auteur de la mesure, car si, ni un juge national ni la Cour de justice, ne parviennent à établir que cette mesure n'est pas discriminante, il paraîtrait plus logique, par analogie avec l'attitude de la Cour suprême US depuis près d'un siècle (arrêt *Lindsley*), de ne voir dans celle-ci qu'une entrave. Cela ne signifierait pas que cette entrave serait nécessairement conforme au traité, mais qu'un degré différent de contrôle juridictionnel serait ainsi déclenché (§ 2).

§ 2 – Transparence et variation dans le contrôle de la Cour de justice

La hiérarchisation de l'égalité et la réattribution d'un sens et d'une portée spécifiques aux concepts de discrimination et d'entrave *conditionneraient doublement* le raisonnement à tenir par la Cour de justice dans chaque cas spécifique. D'entrée, l'intensité de son contrôle serait conditionnée par la *valeur* en jeu. A une classification fondée sur la race correspondrait le contrôle le plus strict, l'examen

le plus souple s'appliquant en cas de différenciation fondée sur l'âge¹⁵²⁴. A l'intérieur de chaque critère de classification, une seconde modulation du contrôle de la Cour de justice interviendrait, dans une certaine mesure, en fonction du caractère direct ou indirect de la classification. Dans cette seconde variation quant à l'étendue du contrôle juridictionnel, entrerait surtout en outre en jeu, dans le domaine de la libre circulation, la notion d'entrave, dans son sens redéfini, vis-à-vis de laquelle c'est le contrôle le plus souple qui serait d'application.

Un tel canevas devant gouverner l'intervention de la Cour de justice, répondrait au double objectif de *transparence*, et donc de sécurité juridique, dont manque cruellement la jurisprudence actuelle, et de *réattribution d'un sens spécifique* aux concepts fondamentaux utilisés, comme cela est le cas dans la jurisprudence des autres cours suprêmes.

Cette suggestion de double modulation du *raisonnement* exercé par la Cour de justice n'a pas pour objectif délibéré une modification tout aussi radicale des *solutions* auxquelles elle aboutit au travers de sa jurisprudence casuistique actuelle. C'est le manque de transparence et de rigueur de celle-ci dans la libre circulation, et de façon moins notable dans l'égalité entre les sexes, qui entame sérieusement sa crédibilité, beaucoup moins que la direction prise généralement dans ces domaines.

En revanche, cette obligation de transparence devrait signifier que, parfois, la Cour de justice refuse d'examiner certaines des raisons soi-disant impérieuses présentées par un Etat membre ou une entreprise pour soutenir une mesure discriminatoire, ou à tout le moins soit moins encline à accepter le caractère légitime de ces raisons.

Cette *grille d'analyse à deux niveaux* fonctionnerait de la manière suivante.

I – En présence d'une discrimination directe

Une différenciation fondée sur la *race*, par exemple, déclencherait, automatiquement, le *test de contrôle* le plus strict. Dans un deuxième temps, si la Cour de justice constatait que la classification opère *directement* en fonction de ce critère, se poserait la question de savoir si ce seul constat suffit à conclure à l'interdiction de la classification ou si, malgré tout, une raison impérieuse pourrait potentiellement la justifier. Ni le traité ni le droit dérivé ne prévoient une possibilité de dérogation fondée sur les réserves d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Dans la mesure où il

¹⁵²⁴ Si l'on s'arrête aux seuls critères fournis par les directives actuelles. En cas d'entrée en vigueur de la Constitution, il est clair que l'âge pourrait appeler un contrôle plus fin que d'autres critères de différenciation. L'âge est également un critère qui appelle un contrôle plus (USA, où l'interdiction des discriminations *indirectes* fondées sur l'âge ne découle que d'un arrêt, ambigu, de 2005) ou moins (au Canada, les distinctions fondées sur l'âge, lorsqu'elles concernent des personnes âgées, sont généralement jugées discriminatoires, mais sauvées par la reconnaissance d'un large pouvoir d'appréciation au législateur) souple dans la jurisprudence des autres cours suprêmes.

résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, dans la libre circulation des personnes, que les réserves d'ordre public et de sécurité publique ne peuvent être invoquées qu'en présence du comportement *personnel* d'une personne, il n'est pas aisé de voir dans quelle situation de telles réserves pourraient être invoquées. On pourrait, à l'instar de la pratique américaine, envisager l'existence, hypothétique, d'une raison particulièrement impérieuse qui pourrait motiver cette classification, mais, une fois encore, il paraît difficile d'imaginer, en pratique, quelle raison serait suffisamment impérieuse pour justifier une telle classification.

Enfin, même si l'on pouvait envisager l'existence d'une telle raison impérieuse dans le cas d'une discrimination fondée sur la race, celle-ci devrait encore être apte à répondre au *test de proportionnalité*, c'est-à-dire que les moyens utilisés pour (essayer d') atteindre l'objectif poursuivi devraient être les moins restrictifs et les moins contraignants.

Garantir la transparence des raisonnements adoptés et rendre un sens spécifique aux concepts utilisés, entraînerait une modification substantielle de l'attitude de la Cour de justice vis-à-vis des discriminations fondées directement sur la *nationalité*.

Tout d'abord, elle n'aurait plus à dissimuler, derrière le paravent de l'entrave, son examen de mesures créant une discrimination directe, puisque celle-ci pourrait être justifiable par une raison impérieuse. En revanche, en présence d'un tel type de discrimination, elle serait obligée de faire le tri entre objectifs qu'elle jugerait réellement légitimes (telle la protection des travailleurs, du consommateur ou de l'environnement) pouvant, le cas échéant, à l'instar de la réserve d'ordre public, justifier une discrimination directe, et motifs ne pouvant prétendre à une telle légitimité¹⁵²⁵.

Si un tel canevas impliquait que, dorénavant, même des discriminations *directes* fondées sur le *sexe* sont susceptibles de justification, cette nouvelle possibilité théorique ne devrait pas apporter de changement pratique majeur. D'une part, en dehors du cas spécifique de la grossesse et de la maternité, très peu d'affaires mettent en cause des différenciations opérant directement en fonction de ce critère. D'autre part, les cas dans lesquels il pourrait être constaté que le même objectif poursuivi, jugé légitime, ne pourrait être atteint par une réglementation formellement neutre semblent tout aussi rares.

S'agissant précisément de la grossesse et de la maternité, le législateur communautaire a permis que les femmes enceintes et accouchées bénéficient de droits particuliers pendant une période déterminée, et la jurisprudence a confirmé que le statut distinct de la femme pendant cette période ne

¹⁵²⁵ Il pourrait ainsi être soutenu que endiguer la prolifération des antennes parabolique (arrêt *De Coster*) ou garantir la qualité des travaux (arrêt *Corsten*), par exemple, ne peuvent sérieusement prétendre à la qualification de « raison impérieuse » susceptible de justifier une discrimination.

peut jouer à son détriment, en matière de promotion ou de pension par exemple (arrêt *Sass*). Aucune raison impérieuse ne semble par conséquent pouvoir être considérée comme suffisamment impérieuse pour justifier une discrimination à son encontre.

La jurisprudence récente dans le domaine des *actions positives* souligne, en revanche, la nécessité pour la Cour de justice de prendre rapidement position sur la rigueur du contrôle juridictionnel à exercer vis-à-vis des mesures censées promouvoir l'égalité. Hormis le cas des mesures en faveur des minorités ethniques dans le domaine de l'emploi ou de l'éducation, lesquelles pourraient appeler un traitement plus bienveillant, il pourrait être légitimement argué, qu'à l'inverse de la pratique actuelle de la Cour de justice, un contrôle strict devrait s'appliquer vis-à-vis des mesures d'action positive favorisant *directement* un groupe particulier. Favoriser une catégorie de personnes revient nécessairement à en discriminer une autre. En outre, la rigueur du contrôle exercé devrait être *inversement proportionnelle* à la place du critère dans la hiérarchie des valeurs, et donc être encore plus stricte lorsque l'action positive entend favoriser un groupe en fonction de son âge ou son orientation sexuelle que lorsque elle veut promouvoir un groupe ethnique minoritaire.

Une modulation du contrôle de proportionnalité interviendrait donc en fonction du critère de classification utilisé, c'est-à-dire de la valeur concernée.

Par ailleurs, un tel contrôle de proportionnalité devrait toujours être plus rigoureux en présence d'une discrimination directe. En effet, même si un objectif était regardé comme suffisamment impérieux pour pouvoir justifier une discrimination directe, il conviendrait toujours de se demander pourquoi il requiert que soit établie une différenciation opérant *directement* en fonction d'un critère prohibé, et dans quelle mesure ce même objectif ne pourrait pas être atteint par une classification formellement neutre. La question de la bonification de pension réservée aux seules *mères* ayant élevé des enfants, dans l'affaire *Griesmar*, constitue une bonne illustration de cette nécessité de variation dans le contrôle de proportionnalité également.

II – En présence d'une discrimination indirecte

L'exemple de la classification basée sur la race illustre que, contrairement à la pratique actuelle, dans laquelle la Cour de justice accepte d'examiner à peu près n'importe quelle¹⁵²⁶ « raison impérieuse », dénaturant ainsi également le sens et la portée de ce concept, l'exigence de transparence commanderait que certaines de ces « raisons impérieuses » soient exclues de toute possibilité de prise

¹⁵²⁶ Seuls les objectifs de caractère purement économique, telle que la réduction des recettes fiscales, semblent actuellement être considérés par la Cour de justice comme ne pouvant, en aucune hypothèse, justifier une discrimination, voy. arrêt *Lasteyrie du Saillant*.

en compte, dès lors qu'elle seraient avancées au soutien des classifications considérées comme les plus graves, même lorsqu'elles sont *indirectes*.

Un tri dans les raisons impérieuses admissibles devrait donc également être fait en présence d'une discrimination indirecte. En effet, dans la mesure où cette dernière aboutit en réalité au même résultat qu'une discrimination directe – ou, pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada, « *parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée* » (arrêt *Meiorin*), il pourrait être considéré que, dans certains cas, un objectif qui n'est pas suffisamment légitime pour justifier une discrimination directe, ne l'est pas non plus pour sauver une discrimination indirecte.

La Cour de justice serait donc obligée, dans chaque cas, d'examiner le réel bien-fondé, la légitimité, de l'objectif avancé au soutien de la mesure discriminante.

En outre, même lorsqu'elle serait considérée comme impérieuse, une telle raison ne pourrait sauver la mesure discriminante que s'il était satisfait au test de proportionnalité, lequel devrait varier selon que cette mesure a pour *objet* ou seulement pour *effet* de discriminer. Ainsi, lorsque les travaux préparatoires d'une loi indiquent qu'elle a été adoptée en vue de protéger des entreprises nationales, il ne semble pas y avoir de raison de pratiquer un test de proportionnalité plus souple que si cette mesure différenciait directement en fonction de la nationalité. En revanche, lorsqu'une loi, formellement neutre, induit des effets discriminatoires, dont il ne peut être établi qu'ils ont été voulus, au détriment d'une catégorie de personnes (personnes âgées, femmes, ...), ce test pourrait éventuellement être moins rigide, étant entendu qu'en toute hypothèse, la rigueur du test serait aussi fonction du critère de classification. Il serait donc, dans tous les cas, plus strict dans le cas d'une différenciation opérant indirectement en fonction du sexe que lorsqu'elle est basée sur l'âge.

Dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes précisément, cette proposition impliquerait que la Cour de justice n'accepte plus aussi facilement de considérer comme raison impérieuse n'importe quel argument de *politique sociale* avancé par les Etats membres, et ne leur laisse par conséquent plus une telle marge de manœuvre discrétionnaire, sans vérifier au préalable le caractère réellement fondé, en l'espèce, de cet argument. Dans sa jurisprudence récente (arrêt *Steinicke*), la Cour de justice semble d'ailleurs avoir déjà manifesté son intention de se montrer plus critique que par le passé à cet égard.

Un tel canevas d'analyse impliquerait, ainsi que souligné *ci-dessus*, une modification profonde de la manière dont la Cour de justice aborde son analyse du principe de non-discrimination dans la libre circulation, laquelle est actuellement limitée, de plus en plus exclusivement, à une analyse, casuistique et subjective, de la proportionnalité des moyens utilisés par un législateur ou une entreprise pour atteindre un objectif, dont la légitimité n'est plus, en principe, contestée.

Un tel canevas devrait s'appliquer dans les libertés de circulation des personnes et des services, dans lesquelles n'étaient prohibées, dans la jurisprudence *traditionnelle*, que les seules discriminations, mais aussi dans la libre circulation des marchandises, dans laquelle, dès l'origine, la Cour de justice a appliqué la théorie de l'entrave. En effet, dans ce domaine, l'adoption précoce de cette dernière répondait à la nécessité d'appréhender toutes les mesures pouvant empêcher l'établissement d'un réel marché commun. Elle ne justifie toutefois pas que réelle entrave et entrave discriminatoire fasse l'objet d'un même examen juridictionnel.

III – En présence d'une entrave

Dans un tel schéma, la tâche la plus difficile à laquelle serait confrontée la Cour de justice serait d'identifier précisément les cas dans lesquels serait décelable une *entrave*, après qu'a été vérifiée l'absence de toute discrimination directe ou indirecte.

En redonnant un sens spécifique aux concepts de discrimination, directe ou indirecte, et d'entrave, la place de cette dernière dans la libre circulation en serait profondément modifiée, et le rôle de la Cour de justice aussi.

Dans la jurisprudence actuelle sur la libre circulation des marchandises, constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 28 CE, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, *dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général* de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises (arrêt *Familia Press*, point 8, par exemple). La formulation dans la libre prestation des services (arrêt *Portugaia Construções*, point 19) ou la libre circulation des personnes (arrêt *Kraus*, point 32) est très voisine.

L'interprétation actuelle, par la Cour de justice, de l'expression « *dès lors que...* », varie d'une affaire à l'autre, pour des motifs souvent indéfinis, et sans qu'il semble possible de déterminer, avec un minimum de certitude, la rigueur du contrôle exercé. Dans le schéma proposé *ci-dessus*, lequel imposerait à la Cour de justice de vérifier, d'abord, que la mesure en cause ne crée aucune discrimination, directe ou indirecte, le constat que cette mesure crée « seulement » une entrave, aurait pour conséquence de ne déclencher essentiellement qu'un contrôle juridictionnel souple.

Un Etat membre devrait tout d'abord être en mesure de soutenir qu'est potentiellement légitime tout objectif poursuivi par une mesure gênant certes, en tant que telle, la libre circulation, mais ne défavorisant pourtant pas un bien ou une personne provenant d'un autre Etat membre. Ensuite, serait

utilisé un test souple de proportionnalité. Quoique flexible, ce contrôle juridictionnel de la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l'objectif prétendument recherché, pourrait s'avérer décisif. Ainsi, dans l'affaire *Lethonen*, la réglementation sportive en cause ne put franchir ce test, dans la mesure où il fut constaté que la limitation qu'elle posait – légitime en soi puisque elle visait à préserver l'intégrité de la compétition - n'était pas applicable aux joueurs provenant d'un pays tiers. Son application aux seuls joueurs provenant d'un autre Etat membre était par conséquent disproportionnée.

En revanche, la souplesse de ce test devrait éviter que la Cour de justice, dans un cas où le caractère disproportionné de la mesure n'apparaît pas, ne substitue sa propre vision économique à celle du législateur national.

Comme l'a souligné l'avocat général Mischo dans ses conclusions dans l'affaire *CaixaBank*, les Etats membres demeurent, en principe, compétents pour réglementer, par des mesures non discriminatoires, l'exercice des activités économiques. Le droit communautaire ne devrait pas permettre aux opérateurs économiques, qu'ils soient nationaux ou étrangers, d'utiliser de façon abusive l'article 43 CE pour s'opposer à toute mesure nationale qui, du simple fait qu'elle régit les modalités d'exercice d'une activité économique, est susceptible, en dernière analyse, de restreindre les marges de profit et par là même l'intérêt à exercer ladite activité économique (points 61 et 62).

Ce point de vue faisait écho à de précédentes conclusions dans lesquelles il avait par ailleurs déclaré « qu'il ne saurait donc exister (...) une règle non écrite selon laquelle toute législation nationale qui comporte des dispositions non prévues par celle de l'Etat membre d'où provient le particulier qui souhaite se déplacer, crée ipso facto une «restriction» et que celle-ci ne saurait être tolérée que si elle peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général » (point 57 de ses conclusions dans l'affaire *Gräbner*). Le juge Joliet ne disait pas autre chose lorsqu'il accusait certains de voir dans l'article 28 du traité un « dernier refuge » quand rien d'autre ne permet d'attaquer une mesure qui ne leur plaît pas.

L'ensemble des propositions formulées ci-dessus suppose un recentrage profond des modes de raisonnement actuels de la Cour de justice dans l'application des concepts de discrimination et d'entrave. Quelles que soient les voies qui seront choisies, des ajustements sont indispensables, déjà en l'état actuel, mais plus encore suite à la multiplication des griefs prohibés de discrimination, si la Cour de justice veut assurer la transparence, et donc la crédibilité, de sa jurisprudence.

CONCLUSION

La Cour de justice a rendu son premier arrêt sur le concept de non-discrimination, inséré dans le traité CECA, en 1954. En cinquante ans, sa jurisprudence a connu de très nombreuses évolutions. Elle semble aujourd'hui se trouver à un carrefour important. En tout cas l'approche casuistique suivie depuis le début des années nonante a montré ses limites évidentes. Si l'on compare l'attitude de la Cour de justice à celle des autres cours suprêmes, il semble que l'on pourrait arguer que la Cour de justice est la cour suprême qui s'est fixé le moins de contraintes théoriques à son intervention et à son interprétation subjective.

La détermination d'un cadre (plus ou moins) transparent posant les conditions et limites de l'interprétation juridictionnelle ne fournit certes pas de garantie contre une approche casuistique. Bien que le système qu'elle a mis en place puisse être regardé comme le plus codifié, la Cour suprême du Canada pourrait aussi apparaître comme rendant des arrêts très souvent fondés sur une démarche (très) subjective. De même, si la Cour européenne a fixé des limites à sa propre interprétation subjective en énumérant les critères de différenciation ne pouvant être justifiés que par des considérations très fortes, ce qui implique, normalement, que pour les autres la rigueur de son contrôle devrait être moindre, la comparaison des raisonnements tenus dans ses arrêts ne permet pas toujours de confirmer ce constat.

Mais, à tout le moins, toutes les autres cours suprêmes ont établi des principes supposés les guider dans leur démarche juridictionnelle. Pareils repères sont beaucoup plus difficiles à identifier dans la jurisprudence de la Cour de justice. Si l'on fait une lecture systématique de tous ses arrêts rendus depuis une quinzaine d'années sur la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes et la libre prestation des services, il semble difficile de trouver un fil rouge qui permettrait d'expliquer le raisonnement que la Cour tient dans ces domaines lorsqu'elle est invitée à appliquer le principe de non-discrimination. Sa jurisprudence s'est construite au coup par coup et au prix de sérieuses libertés prises avec les concepts de discriminations directe et indirecte, tels qu'ils apparaissaient dans sa jurisprudence antérieure. Il convient toutefois d'admettre que les auteurs du traité et le législateur ne l'ont pas beaucoup aidée.

La Cour a été le plus souvent appelée à appliquer le principe de non-discrimination dans le cadre de dispositions du traité, rédigées en termes souvent laconiques et ne contenant en tout cas que peu d'indications permettant de guider le travail du juge. Et lorsque le législateur est intervenu et a défini le concept de discrimination, il l'a fait soit de manière un peu imprécise – même lorsqu'il était censé reproduire la jurisprudence la Cour de justice –, soit par emprunt automatique de concepts d'une directive à l'autre, sans, semble-t-il, s'interroger sur la légitimité et la pertinence de tels emprunts ou

sur leurs conséquences. En ce sens, T. Koopmans¹⁵²⁷, ancien juge à la Cour de justice, a raison de souligner que la pression mise sur les tribunaux pour résoudre des problèmes de société s'est accrue ces dernières années, notamment en raison de l'incapacité ou du refus du législateur d'y faire face.

Il n'en demeure pas moins qu'il peut être argué que la Cour de justice aurait pu, elle-même, fixer quelques principes cardinaux devant guider son raisonnement. En privilégiant une approche casuistique, la Cour de justice s'est certes réservée une marge discrétionnaire d'appréciation plus grande, mais n'étant pas encadrée, celle-ci peut nuire à la sécurité juridique. Ces incertitudes sur la signification et la portée des concepts de discriminations directe et indirecte ont été amplifiées par le développement concomitant de la *théorie des entraves*. Au cœur de cette théorie apparue dans le domaine de la libre circulation des marchandises dans les années septante, se trouve la notion à la signification quelque peu obscure de *mesure indistinctement applicable*. Mais dans ce domaine, le concept de discrimination ne jouait qu'un rôle marginal. A l'inverse, lorsqu'elle a aussi été appliquée dans le domaine de la libre prestation des services puis de la libre circulation des personnes, cette théorie et cette notion sont venues bouleverser vingt années de jurisprudence durant lesquelles seules les *discriminations* avaient été interdites.

On peut légitimement présumer qu'une des raisons pouvant expliquer les incohérences de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice sur le concept de non-discrimination est vraisemblablement son incapacité, à l'époque, à fournir une réponse à la question suivante : *quel rôle doit jouer l'interdiction des entraves dans des domaines où l'interdiction des discriminations indirectes permet déjà de garantir dans une très grande majorité de situations la liberté de circulation des personnes et des services ?* Aujourd'hui encore, presque la totalité des cas dans lesquels la Cour sanctionne l'existence d'une *entrave* révèle l'existence d'une *discrimination* indirecte, voire même directe.

A l'élaboration de règles permettant de circonscrire le champ d'application respectif de ces deux notions, et donc les limites de son intervention, la Cour de justice a préféré la voie de l'approche casuistique. Celle-ci s'est notamment traduite par une perte progressive de sens de chacun des concepts utilisés. On peut ainsi trouver dans sa jurisprudence des arrêts confirmant que des entraves contenant une discrimination indirecte sont justifiables par n'importe quelle raison impérieuse, que des discriminations indirectes, appréhendées comme telles, peuvent également être sauvées par n'importe quelle raison impérieuse, et même que des discriminations directes, mais dissimulées sous l'emploi du terme « entrave », sont de même (au moins théoriquement) acceptables au titre d'une quelconque raison impérieuse. Mais on peut tout aussi aisément identifier dans la même jurisprudence d'autres

¹⁵²⁷ « Judicilization », in *Une Communauté de droit*, pp. 51, 54 et 55.

arrêts dans lesquels la Cour de justice affirme l'inverse, au moins en ce qui concerne la justification des discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes !

Même dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, dans lequel le principe de non-discrimination a connu moins de soubresauts durant la dernière décennie, l'approche casuistique a aussi montré ses limites. Dans le domaine très sensible des actions positives, la position de la Cour de justice, sur la solution d'abord, sur le raisonnement ensuite, a largement évolué d'arrêt en arrêt.

Si l'on peut considérer que le développement d'une approche exclusivement casuistique est sans doute à l'origine des incertitudes que l'on peut éprouver sur la signification actuelle des concepts de discriminations directe et indirecte, il ne s'agit toutefois que de conjectures. Il est toujours hasardeux d'interpréter les silences de la Cour de justice. Mais au *silence volontaire de la Cour* résultant de l'absence de règles claires régissant l'application du principe de non-discrimination, s'ajoute le *silence forcé des juges*.

Ceux-ci n'ont pas la possibilité d'émettre des opinions dissidentes ni même concordantes. La formulation des arrêts et leur capacité de persuasion s'en ressentent souvent. Il peut être argué que la consécration de la théorie des entraves dans la libre circulation des personnes et la libre prestation des services n'a fait pas l'unanimité parmi les juges. Cela explique pourquoi certains arrêts continuent d'être fondés sur la seule interdiction des discriminations indirectes et réaffirment, réminiscence de la *jurisprudence traditionnelle*, que celles-ci ne peuvent être justifiées par des raisons impérieuses. L'absence de règles claires concernant l'interprétation de ces concepts rend plus facile l'adoption de cette *jurisprudence minoritaire*. Couplée à l'obligation de rendre un arrêt *de la Cour*, elle renforce toutefois la légitimité d'une demande de plus grande cohérence.

A la suite de l'appel lancé par l'avocat général Tesauro dans les affaires *Kohll* et *Decker*, plusieurs avocats généraux ont incité la Cour de justice à repenser sa jurisprudence et à clarifier ses nombreuses ambiguïtés. Ces appels sont restés jusqu'à présent sans réponse.

De toutes les cours suprêmes étudiées, la Cour de justice est la seule qui ne permet pas – parce que la réglementation ne le prévoit pas – l'élaboration d'opinions dissidentes. Or, comme l'a souligné la juge L'Heureux-Dubé, de la Cour suprême du Canada¹⁵²⁸, l'opinion dissidente s'érige en sauvegarde de l'intégrité des institutions judiciaires, car elle exige que la majorité justifie son raisonnement et les conséquences qui en découlent¹⁵²⁹.

¹⁵²⁸ « L'opinion dissidente ... », citant les propos du juge Brennan de la Cour suprême US.

¹⁵²⁹ C'est un constat similaire que pose M. Bedjaoui, président de la Cour internationale de justice, lorsqu'il rappelle que « les opinions individuelles et mêmes dissidentes qui sont jointes à l'arrêt font corps avec lui. C'est en laissant ces opinions éclairer en contrepoint la motivation de l'arrêt que l'on peut extraire toute la substance

Admise en droit communautaire, l'opinion dissidente aiderait donc indiscutablement à la formation d'arrêts fondés sur des raisonnements plus clairs de la majorité et accroîtrait par conséquent la force de persuasion de nombreux arrêts¹⁵³⁰. D. Edward, ancien juge à la Cour de justice, a lui-même reconnu que lors des délibérés les désaccords sont fréquents et que certains jugements représentent le plus petit commun dénominateur permettant de rallier une majorité de juges^{1531 1532}.

Si l'on peut craindre que les *juges* de la Cour de justice restent individuellement privés du droit de faire entendre leur opinion personnelle, au moins dans un avenir prévisible, cela ne devrait pas dispenser la *Cour* de formuler, enfin, à l'instar des autres cours suprêmes, des critères clairs devant régir son interprétation des concepts d'égalité et de non-discrimination. La multiplication des motifs prohibés de discrimination et la relation ambiguë entre ces deux concepts dans la Constitution¹⁵³³ rendent d'autant plus nécessaire l'élaboration par la Cour de justice de tels critères.

Parmi ceux-ci, une *hiérarchisation* des motifs de différenciation s'impose certainement. Même si elle ne constitue pas un rempart absolu contre le maintien d'une approche casuistique, la jurisprudence de la Cour suprême US montre cependant qu'elle constitue à tout le moins un frein aux dérives potentielles d'une telle approche, et contribue en ce sens à garantir la sécurité juridique.

de cette décision judiciaire et saisir tout ce qu'elle a apporté à la jurisprudence », « La « fabrication des arrêts de la Cour internationale de justice », *Mélanges Michel Virally*, Pédone, 1991, pp. 87 et 105, cité par L. Burborgue-Larsen, L., « De l'art de changer de champ d'application personnel – Libres propos sur les « nouveaux » revirements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. p. 335 et 337.

¹⁵³⁰ Lord Clyde, ancien membre de la House of Lords, « Justice Seen To Be Done », in *A True European – Essays for Judge David Edward*, Hart Publishing, 2003, pp. 21 et 28, note à cet égard qu'un tel système permet au public de mieux comprendre les détails du raisonnement qui a été accepté par les juges individuellement. *Contra*. l'avocat général Jacobs, « Approaches to Interpretation in a Plurilingual Legal System », in *A True European*, p.297, selon lequel, si des opinions individuelles pouvaient être émises par les juges, ceux-ci ne seraient plus obligés de fusionner les différentes perspectives nationales dont ils proviennent quand ils délibèrent, et le processus d'intégration européenne en souffrirait. S'agissant des concepts de non-discrimination et d'entrave, cet argument ne paraît toutefois pas pertinent et la pratique en vigueur à la Cour européenne semble également démentir sa pertinence.

¹⁵³¹ « Luxembourg in retrospect : a new Europe in prospect », *European Business Journal*, 2004, pp.120 et 124

¹⁵³² L'adhésion de dix nouveaux Etats membres, ayant eu pour conséquence l'accroissement à vingt-cinq du nombre de juges, conforte la requête d'une plus grande transparence quant aux opinions divergentes pouvant exister entre juges. Les arrêts rendus par la grande Chambre, composée de 13 juges, censés unifier la jurisprudence des Chambres et affirmer des positions de principe, pourraient n'être supportés que par 7 de ses membres ... soit à peine 28 % des juges.

¹⁵³³ L'incorporation de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution amènera la Cour de justice à se prononcer de plus en plus souvent sur des questions touchant directement aux droits de l'homme. Or, comme l'a souligné N. Valticos, « Interprétation juridique et idéologies », in *Protection ...*, pp. 1471 et 1473, ancien juge de la Cour européenne, il peut alors fort bien se faire que différents juges aient des vues différentes sur l'état actuel des conceptions dominantes, de sorte qu'il ne sera pas surprenant que les avis des membres de la Cour divergent, divergences présentant une importance et un intérêt particuliers lorsqu'elles concerneront des questions contenant un aspect idéologique.

Une transparence accrue du raisonnement sera toutefois impuissante à rendre à la jurisprudence une réelle force de persuasion si, avant toute chose, un *sens spécifique* n'est pas restitué aux concepts d'entrave et de discrimination.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

- Anardottir, O.M.: *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 2003
- Aristote : *Ethique à Nicomaque*, Livre V, livre de poche, 1992, p. 230
- Arnall, A.: *The general principles of EEC law and the individual*, Leicester University Press, 1990
- Barnard, C.: *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, OUP, 2004
- Bell, M.: *Anti-Discrimination Law and the European Union*, OUP, 2002
- Calvès, G. : *L'affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis – le problème de la discrimination « positive »*, L.G.D.J. 1998
- Cohen-Jonathan, G. *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989
- Davies, G.: *Nationality Discrimination in the European internal market*, Kluwer, 2003
- de Schutter, O. : *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, 1999
- de Schutter, O : *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law – Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, *European Commission*, 2005
- Evans, C.: *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, OUP, 2000
- Fallon, M. : *Droit matériel de l'Union européenne*, Bruylant – Sakkoulas, 2002,
- Hernu, R. : *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003
- Hogg, P. : *Constitutional Law of Canada*, 2e éd, Carswell, 1985
- Kenner, J. : *EU Employment Law – From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, 2003
- Koukoulis-Spiiotopoulos, S.: *From Formal to Substantive Gender Equality – The Proposed Amendment of Directive 76/207 : Comments and Suggestions*, Sakkoulas et Bruylant, 2001
- Lauterpacht, H.: *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945
- Martenet, V. : *Géométries de l'égalité*, Bruylant - L.G.D.J – Schulthess, 2003
- Mattera, A. : *Le Marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 1988
- Mavridis, P. : *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant – Sakkoulas, 2003
- Mowbray, A.: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 2001
- Oliver, P.: *Free movement of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell ed, 1996
- Robin-Olivier, S. : *Le principe d'égalité en droit communautaire – Etude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999
- Ronalds, C. : *Discrimination Law and Practice* », Leichhardt, 1998
- Roseberry, L.: *The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community*, DJOF Publishing, 1999
- Sfez, L. : *Leçons sur l'égalité*, PUF, 1984
- Snell, J.: *Goods and services in EC law - A study of the relationship between the freedoms* OUP, 2002
- Velu, J. et Ergec, R. : *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990

OUVRAGES COLLECTIFS

- *A True European – Essays for Judge David Edward*, Hart Publishing, 2003
 - Lord Clyde: *Justice Seen To Be Done*, p. 21
- *Constitutional adjudication in European Community and national law - Essays for the Hon. Mr Justice T.F. O'Higgins*, Butterworth, 1992
 - Mancini, F.: *The free movement of workers in the case-law of the European Court of Justice*, p. 67
- *Homosexualités et droit*, D. Borillo éd., PUF, 1998

- Wintemute, R. : Liberté et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et homosexuelles », p. 180
- *L'égalité*, Bruylant, 1971-1982
 - Buch, H. : La notion d'égalité dans les principes généraux du droit, vol. I, 1971, p. 197
 - Perelman, Ch. : Egalité et valeur, vol. I, 1971, p. 319
 - Dann, O. : Le mot d'ordre d'égalité dans le mouvement ouvrier allemand du 19^e siècle, vol. V, 1977, p. 245
 - Mertens, P. : Egalité et droits de l'homme : de l'homme abstrait à l'homme situé », vol. IV, 1975, p. 266
 - Schneebag, A. : Dialectique de l'égalité des groupes et de l'égalité des individus ; l'arrêt « Bakke » de la Cour suprême des Etats-Unis, vol. VIII, 1982, p. 496
- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant – Nemesis, 1998,
 - Lambert, P. : Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité, p. 63
- *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, 2001
 - Quinn, G. : Le droit des handicapés dans le droit de l'UE, p. 291
- *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Pettiti, L. E., Decaux, E. et Imbert, P.H (dir.), Economica, 2003,
 - M. Bossuyt, Article 14, p. 475
- *La libera circolazione dei lavoratori, Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, OPOCE, 1998
 - Condinanzi, M.: L'università italiana e i lettori di lingua straniera : discriminazioni da eliminare o similitudini da riconoscere ?, p. 101
- *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, 2 vol., Bruylant, 2004
 - Badinter, R. : La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, p. 143
 - Burborgue-Larsen, L. : De l'art de changer de champ d'application personnel – Libres propos sur les « nouveaux » revirements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 335
- *Mélanges en l'honneur de G. Wiarda – Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag, 1988
 - Ténékidès, G. : « La Cité d'Athènes et les droits de l'homme », p. 605
- *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, 1999
 - Oliver, P.: Goods and services : two freedoms compared, p. 1377
- *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Pedone, 1968
 - Eissen, A. : L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission, p. 122
- *Non-Discrimination Laws : Comparative Perspectives*, T. Loenen & P. Rodrigues ed, M. Nijhoff, 1999
 - Banton, M. : Discrimination entails comparison, p. 107
 - Heringa, A.: Standards of Review for Discrimination, p. 25
 - Pritchard, S. : Approaching its Use-by-Date ? National Enforcement Mechanisms : the Case of Australia, p. 365

- Sedler, R.A. : The Role of « Intent » in Discrimination Analysis, p. 95
- Selmi, M. : Indirect Discrimination : a Perspective From the United States, p. 213
- Vizkelety, B. : Adverse Effect Discrimination in Canada: Crossing the Rubicon from Formal to Substantive Equality, p. 223

- *Problèmes d'interprétation, à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Bruylant, 2004
 - Koukoulis-Spiliotopoulos, S.: Incorporating the Charter in the Constitutional Treaty, p. 223

- *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, R. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber éd., Carl Heymans Verlag KG, 2000,
 - Callewaert, J. : Quel avenir pour la marge d'appréciation ? , p. 147
 - Costa, J.P. : La Convention européenne des droits de l'homme et les sectes, p. 273
 - de Salvia, M. : Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la *marge d'appréciation* ? , p. 373
 - Enrich Mas, M. : Existe-t-il un droit au travail dans la Convention européenne des droits de l'homme, p. 487
 - Matscher, F. : Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 881
 - Toohey, J. : The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms : Implications for Australia, p. 1431
 - Valticos, N. : Interprétation juridique et idéologies, p. 1471

- *Services and Free Movement in EU Law*, M. Andenas et W.H. Roth éd., OUP, 2002
 - O'Leary, S. et Fernández-Martin, J.M. : Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services, p. 163
 - Poiars Maduro, M.: Harmony and Dissonance in Free Movement, p. 41
 - Roth, W.H.: The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is *Keck* Relevant ? , p. 1

- Tison, M. : Unravelling the General Good Exception : The Case of Financial Services, p. 321

- *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, éd. B. de Witte, Robert Schuman Centre for advanced studies, 2003
 - de Burca, G. Fundamental Rights and Citizenship, p. 11

- *The Future of the Judicial System of the European Union*, A. Dashwood et A. Johnston ed, Hart Publishing, 2001
 - Arnulf, A. : Judicial Architecture or Judicial Folly, p. 48

- *Une Communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, N. Colneric, D. Edward, J.P. Puissechet, D. Ruiz-Jarabo Colomer éd., Berliner Wissenschafts – Verlag, 2003
 - Koopmans, T.: Judicialization, p. 51
 - Timmermans, C. : Lifting the Veil of Union Citizen's Rights, p. 195

- *Une Constitution pour l'Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, ouvrage collectif, Larcier, 2003
 - De Schutter, O. : Les droits fondamentaux dans le projet européen, p. 81

- *Union européenne et nationalités – le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999
 - Bribosia, E. : Les discriminations fondées sur la nationalité dans l'Union européenne à la lumière de la protection des droits fondamentaux, p. 189

- *Une Constitution pour l'Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004
 - Carlier, J.Y. : La circulation des personnes dans l'Union européenne, p. 143

ARTICLES

DROIT COMMUNAUTAIRE

- Ahtela, K. : The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law : A Critical Assessment, *11 European Law Journal*, (2005), p. 57
- Alemanno, A. : A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur – Quelques réflexions à propos des arrêts *Schmidberger* et *Omega*, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, p. 709
- Bamforth, N. : Sexual Orientation Discrimination after *Grant v. South-West Trains*, *The Modern Law Review*, 2000, p. 694
- Barnard, C. : The principle of equality in the Community context : *P. Grant, Kalanke and Marshall*: four uneasy bedfellows ?, *Cambridge Law Journal*, 1998, p. 352
- Bell, M. et Waddington, L. : The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article, *25 Industrial Law Journal*, (1996), p. 320
- Bell, M. : Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice : From *P. v. S.* to *Grant v. SWT* », *E.L.Rev.*, 1999, p. 63
- Berr, C.J. et Groutel, H. : Droit européen des assurances : Liberté de prestation de services et coassurances, *R.T.D.E.*, p. 83
- Berramdane, A. : Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, p. 613
- Berthou, K. et Masselot, A. : Le mariage, les partenariats et la CJCE : ménage à trois , *C.D.E.*, 2003, p. 679
- Berthou, K. : Sur les discriminations positives – CJCE 28 mars 2000, *Badeck*, *Droit Social*, 2000, p. 901
- Besson, S. : L'égalité de traitement entre particuliers en droit communautaire – les fondements, *L'eupéanisation du droit privé – vers un code civil européen ?*, Ed. univ. Fribourg, 1998, p. 51
- Bowers, J. et Moran, E. : Justification in Direct Sex Discrimination Law, *31 Industrial Law Journal*, (2002), p. 307
- Bowers, J. et Moran, E. : Justification in Direct Sex Discrimination, *32 Industrial Law Journal*, (2003), p. 18
- Brennan, F. : The Race Directive : Recycling Racial Inequality, *5 Cambridge yearbook of European legal studies*, 2002-2003, (2004), p. 311
- Brown, C. : Commentaires sur l'arrêt *Schmidberger*, *CMLRev*, 2003, p. 1499
- Callewaert, J. : Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination – L'interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*), *Rev.trim. dr.h.*, 2005
- Campbell, A. : Equal treatment in transition, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1998, p. 292
- Canor, I. : Commentaires sur l'arrêt *K.B.*, *CMLRev*, 2004, p. 1113
- Carlier, J.Y. : Chronique – La libre circulation des personnes dans l'Union européenne ; 1^{er} janvier – 31 décembre 2003, *J.T.D.E.*, 2004, p. 74
- Charpentier, L. : L'arrêt *Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité, *R.T.D.E.*, 1996, p. 287
- Darmon M. & Huglo, J.-G. : L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un univers en expansion, *R.T.D.E.* 1992, p. 1
- Dashwood, A. : Non-discriminatory trade restrictions after *Keck*, *Cambridge Law Journal*, 2002, p. 35
- Davies, G. : « Any Pace I Hang my Hat ? » or : Residence is the New Nationality, *11 European Law Journal*, (2005), p. 43
- Dollat, P. : Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne, *J.T.D.E.*, 2002, p. 57
- Drijber, B.J. : Les communications commerciales au carrefour de la dérégulation et de la réglementation, *C.D.E.*, 2003, p.535

- Dutheil de la Rochère, J : The EU and the individual : Fundamental rights in the draft Constitutional Treaty, *CMLRev*, 2004, p. 345
- Elósegui Ixtaso, M.: El TJCE y el matrimonio de transexuales. Una interpretación « ultra vires », *Unión Europea Aranzandi*, 2004, p. 13
- Edward, D.: Establishment and Services : An Analysis of the Insurance Cases, *E.L.Rev.*, 1987, p. 231
- Edward, D.: Luxembourg in retrospect : a new Europe in prospect, *European Business Journal*, 2004, p.120
- Ellis, E. : The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law », *E.L. Rev.*, 1994, p. 563
- Fischer, T.C. : European « Citizenship » : In its Own Right and in Comparison with the United States », *5 Cambridge yearbook of European legal studies*, 2002-2003, (2004), p. 357
- Fischer, T.C. : European Citizenship : In its Own Right and in Comparison with the United States, *Cambridge Yearbook of European legal studies (2002-2003)*, 2004, p. 357
- Flauss, J.F. : Les droits de l'homme dans l'Union européenne, *Petites Affiches*, 1999, n° 149, p. 5
- Fosselard, D. : L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur, *C.D.E.*, 1993, p. 465
- Fredman, S. : Equality : A New Generation ?, *30 Industrial Law Journal*, 2001, p. 145
- Fredman, S. : Marginalising Equal Pay Laws, *33 Industrial Law Journal*, (2004), p. 281
- Gill, T. et Monaghan, K. : Justification in Direct Sex Discrimination Law : Taboo Upheld, *32 Industrial Law Journal*, (2003), p. 115
- Guild, E. : The EC Directive on Race Discrimination : Surprises, Possibilities and Limitations, *29 Industrial Law Journal*, (2000), p. 416
- Hatzopoulos, V. : Commentaires de l'arrêt *Futura Participations*, *CMLRev*, 1998, p. 493
- Hatzopoulos, V. : Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?, *R.T.D.E.*, 1998, p. 191
- Hillion, C. : Enlargement of the European Union - The Discrepancy Between Membership Obligations And Accession Conditions As Regards The Protection Of Minorities, *Fordham International Law Journal*, 2004, p. 715
- Iliopoulou, A. et Clément-Wilz, L. : La résistance des acteurs d'une procédure préjudicielle en matière de libre circulation des personnes - Observations sur les affaires *Arben Kaba*, *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 727
- Jacqmain, J. : Egalité entre travailleurs féminins et masculins, *J.T.D.E.*, 2000, pp. 201
- Jacqmain, J. : La CJCE et les actions positives, l'amour-haine, *Chr. D.S.*, 2002, p. 360
- Jeammaud, A. : Du principe d'égalité de traitement des salariés, *Droit social*, 2004, p. 694
- Joliet, R. : La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence, *J.T.D.E.*, p.146
- Joliet, R.: commentaires sous l'arrêt *Dassonville*, *The Modern Law Review*, 1975, p. 200
- Jones, T. : The Race Directive : Redefining Protection from Discrimination in EU Law, *European Human Rights Law Review*, 2003, pp. 515
- Kaszowska, A. : *Gourmet can have his Keck and eat it!*, *10 European Law Journal*, 2004, p. 479
- Kaufmann, O.: Le droit social comparé, *Electronical Journal of Comparative Law*, 2004, vol.1
- Keppenne, J.P. : La libre circulation des marchandises (septembre 1998 – août 1999), *J.T.D.E.*, 1999, p. 208
- Koukoulis-Spiliotopoulos, S. : Towards a European Constitution : Does the Charter of Fundamental Rights « Maintain in Full » the *Acquis Communautaire*, *Revue européenne de droit public*, 2002, p. 57
- Küchhold, K.: *Badeck – The Third German Reference on Positive Action*, *30 Industrial Law Journal*, 2001, p. 116
- Labayle, H. et Sauron, J.-L. : La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *Revue française de droit administratif*, 2005, p. 1
- Lanquetin, M.-T : L'égalité entre les hommes et les femmes : sur la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, *Droit social*, 2003, p. 312
- Lanquetin, M.-T. : La retraite des femmes : quelle égalité ?, *Droit social*, 2003, p. 178
- Lenaerts, K. : Interlocking legal orders in the European Union and comparative law, *ICLQ*, 2003, p. 873
- Lenaerts, K. et De Smijter, E. : A « Bill of Rights » for the European Union, *CMLRev* 2001, p. 273

- Lenaerts, K.: « L'égalité de traitement en droit communautaire - Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, p. 3
- Lienemeyer, M. et Waelbroeck, D. : Commentaires sur l'arrêt *Roquette*, *CMLRev*, 2003, p. 1481
- Lord MacKenzie Stuart, « Problems of the European Community : Transatlantic Parallels » *ICLQ*, 1987, p. 183
- Lyal, R.: Non-discrimination and direct tax in Community Law, *EC Tax Review*, 2003, p. 68
- Manknell, D. : Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Harassment, and Liability for Third Parties, *32 Industrial Law Journal*, (2003), p. 297
- Martin, D. : Comments on the *Angonese* case, *EJML* 2000, p.431
- Martin, D. Comments on the *Lethonen* case, *EJML*, 2000, p. 435
- Martin, D. : Comments on the *Kaba 2* case, *EJML* 2003, p. 413 ;
- Martin, D. : Comments on the *Wijsenbeek* case, *EJML* 2000, p. 101
- Martin, D. : Réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 du traité CE (à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice), *C.D.E.*, 1993, p.555
- Martin, D.: Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité, *C.D.E.*, 1998, p. 261
- Martin, Ph. : Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi, *Droit Social*, 1996, p. 562
- Mattera, A. : Les barrières frontalières à l'intérieur de la CEE et l'action menée par la Commission pour leur démantèlement, *R.M.C.*, 1987, p. 264
- Mattera, A. : L'arrêt « Cassis de Dijon » : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur, *R.M.C.* 1980, p. 505
- Miné, M. : Les concepts de discrimination directe et indirecte, *ERA-Forum, scripta iuris europaei*, 2003
- More, G. : Comments on the *Marschall* case, *CMLRev*, 1999, p. 443
- Oliver, P. et Roth, W.H. : The internal market and the four freedoms, *CMLRev*, 2004, p. 1
- Omarjee, I., Robin-Olivier, S. et Sinopoli, L. : Conseil de l'Europe – C.E.D.H. – La légende de Romulus et Remus renouvelée : la lutte de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe pour les droits fondamentaux, *Petites affiches*, 2002, p. 12
- Osborne, T.: Will the European Union Directive on Equal Treatment Fulfill Its Purpose of Combatting Age Discrimination in Employment?, *38 The International Lawyer*, (2004), p. 867
- Parléani, G. : Un an après l'arrêt Bosman : que faire du foot en droit communautaire ?, *La Semaine Juridique*, 1997, I, p. 318
- Pernice, I. : Integrating the Charter of Fundamental Rights Into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions, *10 Columbia Journal of European Law*, 2003, p. 5
- Philippe, X. : Les discriminations positives - Afrique du Sud », XIII^e table ronde internationale des 12-13 septembre 1997, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1997, p. 53
- Plender, R. : Quo Vadis ? Nouvelles orientations des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'arrêt *Akrich*, *C.D.E.*, 2004, p. 261
- Plender, R.: Equality and non-discrimination in the law of the European Union, *Pace Int'l L. Rev.*, 1995, p.57
- Prechal, S. : Equality of treatment, non-discrimination and social policy : achievements in three themes, *CMLRev.*, 2004, pp. 533
- Prechal, S.: Comments on the *Kalanke* case *CMLRev*, 1996, p. 1245
- Robert, J.: Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 3
- Rodríguez Iglesias, G. : The Court of Justice, Principles of EC Law, Court Reform and Constitutional Adjudication, *European Business Law Review*, 2004, p. 1115
- Schiek, D. : A new Framework on Equal Treatment of Persons in EC law ? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC; *8 European Law Journal*, 2002, p. 290
- Schiek, D. : Positive Action in Community Law, *2 European Law Journal*, 1996, p. 239
- Schmitt, M. : Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE, *Droit ouvrier*, 2001, p. 56
- Schockweiler, F. : La portée du principe de non-discrimination dans l'article 7 du traité CEE, *Riv. di diritto europeo*, 1991, pp. 3

- Shuibhne, N.N. : Commentaires sur l'arrêt *Kik*, *CMLRev*, 2004, p. 1093
- Simon, D. : Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? » *Pouvoirs*, 2001, p. 31
- Spaventa, E.: From *Gebhard* to *Carpenter* : towards a (non)-economic European Constitution, *CMLRev.*, 2004, p. 743
- Steenbergen, J. : La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance, *C.D.E.*, 1987, p. 542
- Sudre, F. : La décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel français, *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 30
- Surrel, H. : Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 2003, *Rev.trim. dr. h.*, 2004, p. 721
- Timmermans, C. : The European Union's judicial system », *CMLRev.*, 2004, p. 393
- Tomuschat, C. : Commentaires sur l'arrêt *Martinez Sala*, *CMLRev.*, 2000, p. 449
- van der Mei, A.P. : Freedom of Movement for Indigents : A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law, *19 Arizona Journal of International and Comparative Law*, (2002), p. 803
- Waddington, L. et Bell, M. : More Equal Than Others : Distinguishing European Union Equality Directives, *CMLRev.*, 2001, p. 587
- Waddington, L. et Hendriks, A. : The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe : From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, p. 403
- Waddington, L.: Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination , *28 Industrial Law Journal*, (1999), p. 133
- Wintemute, R. : Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination : Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes, *The Modern Law Review*, 1997, p. 334
- Wyatt, D. : Article 30 EEC and non-discriminatory trade restrictions, *E.L.Rev.*, 1981, p. 185
- Zonnekeyn, G. : The status of WTO law in the Community legal order : some comments in the light of the *Portuguese Textiles* case, *E.L.Rev.*, 2000, p. 293

DROIT EUROPEEN

- Bell, M.: Equality and the European Union Constitution, *33 Industrial Law Journal*, (2004), p. 242
- Benoît-Rohmer, Fl. : La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire ; une avancée décisive sur le plan des principes (en marge de l'arrêt *Chapman*), *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 999
- Bougrab, J. : L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales, *AJDA*, 2003, p. 1640
- Bribosia, E. et Rorive, I. : Le voile à l'école : une Europe divisée, *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 951
- Carlier, J.-Y. : Le droit des étrangers en Europe : la lente évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, *Annales d'études européennes*, 2000, pp. 189
- Daugareilh, I. : La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale, *R.T.D.Eur.*, 2001, p. 123
- Erdman, J.N. : The Deficiency of Consensus in Human Rights Protection : A Case Study of *Goodwin v. United Kingdom* and *I. v. United Kingdom*, *2 Journal of Law & Equality*, (2003), p. 318
- Fabre-Alibert, V. : La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signe ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque, *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 575
- Facenna, G. : *Eugen Schmidberger Internationale Planzüge v. Austria* : Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods, *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 73
- Falbeck, R. : *Ora et Labora* – On Freedom of Religion at the Work Place : a Stakeholder cum Balancing Factors Model, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2004, p. 27
- Flauss, J.F. : Actualités de la Convention européenne des droits de l'homme (octobre 2002-février 2003), *AJDA* 2003, p. 603
- Foster, S. : Prisoners and the Right to Vote – The Decision in *Hirst v. United Kingdom* (n° 2), *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 359

- Frumer, Ph. : La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 663
- Gilbert, G.: The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 736
- Keown, J. : Death in Strasbourg – assisted suicide, the *Pretty* case, and the European Convention on Human Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 722
- Lambert, P. : La portée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. Hellénique des droits de l'homme*, 2003, p. 59
- Lambert, P. : Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la CEDH ?, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 497
- Larralde, J.-M. : La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1247
- Levinet, M. : La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 889
- Livingston, S.: Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 25
- Loenen, T. : Rethinking Sex Equality as a Human Right, *12 Netherlands Quarterly of Human Rights*, (1994), p. 253
- Martens, P. : « Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré – commentaires de l'arrêt *Fretté*, *J.L.M.B.*, 2002, p. 775
- Martens, P. : Le principe d'égalité et le droit du travail, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1997, p. 435
- McLaughlin, M.: Crystal or Glass ? A review of *Dudgeon v. United Kingdom* on the Fifteenth Anniversary of the Decision, *3 Murdoch University Electronic Journal of Law*, 1996
- Meulders-Klein, M.-T. : Egalité et non-discrimination en droit de la famille – le rôle du juge, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1185
- Muzny, P. : Standards jurisprudentiels de la CourEDH et droit comparé : une question de rationalité, *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 27
- Nicoll, D. : Lessons from Luxembourg : Federalisation and the Court of Human Rights, *European Law Review*, 2001, pp. 7
- Omarjee, I., Robin-Olivier, S. et Sinopoli, L. : Conseil de l'Europe – C.E.D.H. – La légende de Romulus et Remus renouvelée : la lutte de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe pour les droits fondamentaux, *Petites affiches*, 2002, p. 12
- Pedain, A. : The Human Rights Dimension of the *Dianne Pretty Case*, *Cambridge Law Journal*, 2003, p. 181.
- Rosenberg, D. : L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1017
- Rosenberg, D. : Enfin ... le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie (arrêt *Nachavo et autres c. Bulgarie* du 26 février 2004), *Rev. trim.dr.h.*, 2005, p. 175
- Savatier, J. : Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique, *Droit Social*, 2004, p. 354
- Simon, D. : Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? » *Pouvoirs*, 2001, p. 31
- Sudre, F. : Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Chronique d'actualité, *La Semaine Juridique*, éd. Générale, 2004, p. I-107
- Sudre, F. : La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme ; un exercice de « jurisprudence fiction » ?, *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 755
- Sudre, F: Commentaires sur l'arrêt *Thlimmenos*, *J.C.P. G* 2001, Chron., I, 291
- Valentine, J. R. : Toward Definition of National Minority, *32 Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, (2004), p. 445, considère que ces deux notions doivent être distinguées
- Walker, K.: Moving Gaily Forward : Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe, *2 Melbourne Journal of International Law* (2001)

- Wildhaber, L. : Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights – a second-class guarantee ?, 2 *Baltic Yearbook of International Law*, (2002), p. 5
- Wildhaber, L.: A constitutional future for the European Court of Human Rights, 23 *HRLJ* (2002), p. 161
- Wintemute, R. : « Within the Ambit » : How Big Is the « Gap » in Article 14 European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 366

DROIT AMERICAIN

- Abel, L.K. et Kaufman, R.E. : Preserving Aliens' and Migrant Workers' Access to Civil Legal Services : Constitutional and Policy Considerations, 5 *U.Pa.Const. L.*, (2003), p. 491
- Aggarwal A.P. et Gupta, M.M. : Same-Sex Sexual Harassment : is it Sex Discrimination ? A Review of Canadian and American Law, 27 *Manitoba Law Journal*, (2000), p. 333
- B. Malamud, « The Last Minuet : Disparate Treatment After Hicks », 93 *Mich. L. Rev.*, (1995), pp. 2229
- Barth, J. : Disability Benefits and the ADA After *Cleveland v. Policy Management Systems*, 75 *Indiana Law Journal*, (2000), p. 1306
- Bhagwat, A. : Affirmative Action and Compelling Interests : Equal Jurisprudence at the Crossroads, 4 *U. Pa. J. Const. L.*, (2002), p. 260
- Boland, T. : Single-Sex Public Education : Equality versus Choice, 1 *U.Pa.J.Const.L.*, (1998)
- Bollinger, L., Torres, G., Greenberg, J., Bell D. et George, R. : On *Grutter* and *Gratz* : Examining « Diversity » in Education », 103 *Columbia Law Review*, (2003), p. 1588
- Braveman, D. : Enforcement of Federal Rights Against States ; *Alden* and Federalism Non-Sense, 49 *American University Law Review*, (2000), p. 611
- Cambreleng, R., Fick, C., Nguyen M. et M. Rollins : In Review : October 2000 Terms United States Supreme Court, *The Oregon Advocate*, 2001, p. 185
- Carpenter, D. : A Conservative Defense of *Romer v. Evans* », 76 *Indiana Law Review*, (2001), p. 403
- Chemerinsky, E. : The Rhetoric of Constitutional Law, 100 *Michigan Law Review*, (2002), p. 2008
- Childress III, D.E. : Using Comparative Constitutional Law To Resolve Domestic Federal Questions, 53 *Duke Law Journal*, (2003), p. 193
- Chlopak, E. : Mandatory Motherhood and Frustrated Fatherhood : The Supreme Court's Preservation of Gender Discrimination in American Citizenship Law, 51 *American University Law Review*, (2002), p. 967
- Coombs, M. : Title VII and Homosexual Harassment After *Oncale* : Was it a Victory ?, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1999, p. 113
- Coon, L.L. : Employment Discrimination by Religious Institutions : Limiting the Sanctuary of the Constitutional Ministerial Exception to Religion-Based Employment Decisions, 54 *Vanderbilt Law Review*, (2001), p. 482
- Corbett, W. : An Allegory of the Cave and the *Desert Palace*, 41 *Houston Law Review*, (2005), p. 1549
- Davis, K.R. : Price-Fixing : Refining the *Price Waterhouse* Standard and Individual Disparate Treatment Law, 31 *Florida State University Law Review*, (2004), p. 859
- DeSario, N.J. : Reconceptualizing Meritocracy : The Decline of Disparate Impact Discrimination Law, 38 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, (2003), pp. 179
- Eskridge Jr, W.N. : *Lawrence v. Texas* and the imperative of comparative constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 555
- Eudes, M. : Vingt ans après la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême américaine condamne la répression pénale des homosexuels, *Revue des droits fondamentaux*, 2003
- Fajer, M.A. : *Bowers v. Harwick*, *Romer v. Evans*, And the Meaning of Anti-Discrimination Legislation, 2 *National Journal of Sexual Orientation Law*, vol. 2, (1996), p. 208
- Fernandez, M. : Title VIII U.S.C. § 1409 of The US Immigration And Nationality Act – Children Born Out of Wedlock : Undermining Fathers' Rights And Perpetuating Gendered Parenthood In Citizenship Law, 54 *Florida Law Review*, (2002), p. 950

- Figueroa, K.J. : Immigrants And The Civil Rights Regime : Parens Patriae Standing, Foreign Governments And Protection From Private Discrimination, *102 Columbia Law Review*, n° 2 (2002), p. 408
- Fischer, T.C. : European Citizenship : In its Own Right and in Comparison with the United States, *Cambridge Yearbook of European legal studies (2002-2003)*, 2004, p. 357
- Franke, K.M. : The Domesticated Liberty of *Lawrence v. Texas*, *104 Columbia Law Review*, (2004), pp. 1399
- G. Scoffoni, revue de la jurisprudence de la Cour suprême US pour le « term 1996-1997 », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997, p. 595
- Ginsburg, R.B. et Merritt, D.J. : Affirmative Action : An International Human Rights Dialogue, *21 Cardozo Law Review*, (1999-2000), p. 253
- Goldstein, L.F.: Between the Tiers : The New[est] Equal Protection and *Bush v. Gore*, *4.U.Pa.J.Const.L.*, (2002), p. 372
- Gorod, B.J : The Sorcerer's Apprentice : *Sandoval*, *Chevron*, and Agency Power To Define Private Rights of Action, *113 The Yale Journal*, (2004), p. 939.
- Greene, L.S. : The Constitution and Racial Equality After *Gratz* and *Grutter*, *43 Washburn Law Review*, (2004), p. 253
- Guinier, L. : Admissions Rituals As Political Acts : Guardians At The Gates Of Our Democratic Ideals, *117 Harvard Law Review*, (2003), p. 113
- Gulati, S. : The Use of Gender-Loaded Identities in Sex-Stereotyping Jurisprudence, *78 New York University Law Review*, (2003), p. 2177
- Gunn, T. J. : The Complexity of Religion and the Definition of « Religion » in International Law, *16 Harvard Human Rights Law Journal*, 2003, p. 189
- Hamilton, M.A. et Schoenbrod, D. : The Reaffirmation of Proportionality Analysis Under Section 5 of the Fourteenth Amendment, *21 Cardozo Law Review*, (1999-2000), p. 469
- Hardage, J.A. : *Nichols Azteca Restaurant Enterprises, Inc.* and the Legacy of *Price Waterhouse v. Hopkins* : Does Title VII Prohibit « Effeminacy » Discrimination ?, *54 Alabama Law Review* (2002), p. 193
- Hoffman, S. : Corrective Justice And Title I of The ADA, *52 American University Law Review*, (2003), p. 1213
- Ingram, D.: Prison Guards and Inmates of Opposite Genders : Equal Employment Opportunity Versus Right of Privacy, *7 Duke Journal of Gender Law & Policy*, (2000), p. 3
- Jean, S. : Peer Sexual Harassment since *Oncale* and *Davis* : Taking the « Sex » out of « Sexual Harassment », *2000 The Law Review of Michigan University – Detroit College of Law*, p. 485
- Johnson, K.N. : Resolving the Title VII Partner-Employee Debate, *101 Michigan Law Review*, (2003), p. 1067
- Jolls, C. : Antidiscrimination and Accommodation, *115 Harvard Law Review*, (2001), p. 643 ;
- Jordan, N. : *Allison v. Citgo Petroleum* : The Death Knell for the Title VII Class Action ?, *51 Alabama Law Review*, (2000)
- Katz, M.J. : Reconsidering Attraction in Sexual Harassment, *79 Indiana Law Journal*, (2004), p. 101
- Keslo, R.R.: Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights : The « Base Plus Six » Model and Modern Supreme Court Practice, *4.U.Pa.J.Const.L.*, (2002), p. 225
- Koenig, K.B.: Mahmoud Abdul-Rauf's suspension for refusing to stand for the national anthem : a « free throw » for the NBA and Denver Nuggets, or a « slam dunk » violation of Abdul-Rauf's Title VII rights ?, *76 Wash. U.L.Q.* 377 (1998)
- Koppelman, A. : Signs of the Times : *Dale v. Boy Scouts of America* and The Changing Meaning of Antidiscrimination, *23 Cardozo Law Review* (2002), p.1819
- Laufer, J.A. : *Alexander v. Sandoval* And Its Implications For Disparate Impact Regimes, *102 Columbia Law Review*, (2002), p. 1613
- Leach, B.W. : Race as Mission Critical : The Occupational Need Rationale in Military Affirmative Action and Beyond, *113 Yale Law Journal*, (2004), p. 1093
- Leonard, J. : The Shadows of Unconstitutionality : How the New Federalism May Affect the Anti-Discrimination Mandate of the Americans with Disabilities Act, *52 Alabama Law Review*, (2000)

- Liebman, J.S. et Garrette, B.L. : Madisonian Equal Protection, *104 Columbia Law Review*, 2004, p. 839
- Loffredo, S. : If You Ain't Got the Do, Re, Mi : the Commerce Clause and State Residency Restrictions on Welfare, *11 Yale Law & Policy Review* (1993), p. 147.
- Madeira, J. L. : Law As a Reflection of Her/His Story : Current Institutional Perceptions Of, And Possibilities For, Protecting Transsexuals' Interests In Legal Determinations of Sex , *5 Upa.J.Const.L.*, (2002), p. 128
- Magliocca, G.N. : The Cherokee Removal and the Fourteenth Amendment, *53 Duke Law Journal*, 2003, p. 875
- Mahoney, P.E. : The End(s) of Disparate Impact : Doctrinal Reconstruction, Fair Housing and Lending Law, And The Anti-Discrimination Principle, *47 Emory Law Journal*, (1998)
- Marshall, W.P. : What is the Matter with Equality ? An Assessment of the Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence, *75 Indiana Law Journal*, (2000), p. 193
- Martino, S.L. : Change on the Horizon : A Prospective Review of the Nomination and Confirmation Process of the United States Supreme Court, *41 Washburn Law Journal* (2001), p. 164
- Moeser, J. : Hopwood v. Texas : The Beginning of the End for Racial Preference Programs in Higher Education, *48 Law Mercer Review*, (1997)
- Morrisson, T. : The Supreme Court and Immigration Law : A New Commitment To Avoiding Hard Constitutional Questions ?, *Findlaw Writ*, 31 juillet 2001
- Mothershead, K.F. : How the « Equal Opportunity » Sexual Harasser Discriminates on the Basis of Gender Under Title VII, *55 Vanderbilt Law Review*, (2002), p. 1206
- Mutterperl, L.B. : Employment at (God's) Will : The Constitutionality of Antidiscrimination Exemptions in Charitable Choice Legislation, *37 CR-CL*, (2002), p. 389
- Nieves, M. : *Joseph Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* : Redefining Workplace Sexual Harassment to Include Same-Sex Sexual Harassment and the Effect on Employers, *34 New England Law Review*, (2000), p. 941
- Nzelibe, J. : Free Movement : a Federalist Reinterpretation, *49 American University Law Review*, (1999), p. 433
- O'Connor, S. : The Supreme Court And the Family, *3 U. Pa. J. Const. L.*, (2001)
- Omege, C.A. : Caught in the Rough of the PGA Tour and USGA Rules : Casey Martin and Fred Olinger's Fight for the Use of a Golf Cart under the American with Disabilities Act, *29 Hofstra Law Review*, (2001), p. 1401
- Post, R.C. : Fashioning The Legal Constitution : Culture, Courts and Law, *117 Harvard Law Review*, (2003), p. 1
- Primus, R.A. : *Bolling Alone*, *104 Columbia Law Review*, (2004), p. 976
- Ramsey, M.D. : International Materials and Domestic Rights : Reflections on *Atkins* and *Lawrence*, *98 American International Journal of International Law*, (2004), pp. 69
- Reinsmith, L.R. : Proving an Employer's Intent : Disparate Treatment Discrimination and the Stray Remarks Doctrine After *Reeves v. Sanderson Plumbing Products*, *55 Vanderbilt Law Review*, (2002), p. 220
- Rich, W.J. : Privileges or Immunities : The Missing Link in Establishing Congressional Power to Abrogate State Eleventh Amendment Immunity, *28 Hastings Constitutional Law Quarterly* (2001), p. 235
- Riegel, S.B. : She, The People : The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, And The Family, *115 Harvard Law Review*, (2002), p. 950
- Rogus, C. : Conflating Women's Biological and Sociological Roles : The Ideal of Motherhood, Equal Protection, and the Implications of the *Nguyen v. INS Opinion*, *5 U.Pa.J.Const. L.*, (2003) , p. 803
- Rollini, G. : *Davis v. Monroe County Board of Education* : A Hollow Victory for Student Victims of Peer Sexual Harassment, *30 Fla.St.U.L.Rev.*, (2003), p. 987
- Schneller Ziegler, R. : Safe, but Not Sound : Limiting Safe Harbor Immunity for Health and Disability Insurers and Self-Insured Employers Under the Americans with Disabilities Act, *101 Michigan Law Review*, (2002), pp. 840
- Scott, A. : Employers Beware ! The United States Supreme Court Opens the Floodgate on Employer Liability Under Title VII, *24 Southern Illinois University Law Journal*, (1999), p. 157

- Staudmeister, D. : Grasping the Intangible ; A Guide to Assessing NonPecuniary Damages in the EEOC Administrative Process, *46 American University Law Review*, (1996)
- Strasser, M.: Equal Protection at the Crossroads : On *Baker*, Common Benefits, And Facial Neutrality, *42 Arizona Law Review* (2000)
- Tribe, L.H. : *Lawrence v. Texas*: The « Fundamental Right » that dare not speak its name, *117 Harvard Law Review*, (2004), pp. 1894
- Upton, R.J. : Bob Jonesing Baden Powell ; Fighting the Boy Scouts of America's Discriminatory Practices by Revoking Its State-Level Tax Exempt Status, *50 American University Law Review*, (2001), p. 793
- van der Mei, A.P. : Freedom of Movement for Indigents : A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law, *19 Arizona Journal of International and Comparative Law*, (2002), p. 803
- Waite, J.M. : The United States Supreme Court's Anomalous Approach to Discriminatory Alienage Classifications : International, Canadian, and Domestic Law Compared, *11 Emory International Law Review*, (1997)
- Waterstone, M. : Let's be Reasonable Here : Why the ADA Will Not Ruin Professional Sports, *BYU Law Review*, (2000), p. 1489
- Whittington, K.E. : Taking What They Give US : Explaining the Court's Federalism Offensive, *51 Duke Law Journal*, (2001) p. 477
- Willett, G.W. : Equality Under the Law or Annihilation of Marriage and Morals ? The Same-Sex Marriage Debate, *73 Indiana Law Review*, (1997)
- Wilsher, D. : The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control : international and constitutional law perspectives, *ICLQ*, 2004, p. 897, et particulièrement p. 912
- Wishnie, M.J. : Laboratories of Bigotry ? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection and Federalism, *76 New York Law Review*, (2001), p. 493
- Wolf, N. : Americans With Disabilities Act, *2000 L. Rev. M.S.U.-D.C.L.* 543
- Wolff, M.J. : Sex, Race and Age : Double Discrimination in Torts and Taxes, *78 Washington University Law Review*, (2000), p. 1341
- Zion, E.M. : Overcoming Adversity : Distinguishing Retaliation from General Prohibitions Under Federal Employment Discrimination Law, *76 Indiana Law Journal*, (2001), p. 190
- Zoller, E. : La Cour suprême des Etats-Unis – Présentation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998

DROIT CANADIEN

- Beatty, D. : Canadian Constitutional Law in a Nutshell, *36 Alberta Law Review*, (1998)
- Benedet, J. : *Little Sisters Book and Art Emporium v. Minister of Justice* : Sex Equality and the Attack on *R. v. Butler*, *39 Osgoode Hall Law Journal*, (2001), p. 187
- Bredt, C.D. et Nishisato, N. : The Supreme Court's new equality test: A critique, *Canada Watch*, 2000, vol. 8, n° 1-3, p. 16
- Drumbl, M.A. et Craig, J.D.R. : Affirmative Action in Question : A Coherent Theory for Section 15(2), *IV Review of Constitutional Studies*, (1997), p. 80
- Grant, I. et Mosoff, J. : Disability and Performance Standards Under the Ontario Human Rights Code, *1 Journal of Law & Equality*, (2002), p. 205
- Horwitz, P.: The sources and limits of freedom of religion in a liberal democracy : Section 2(a) and beyond, *University of Toronto Law Review*, 1998
- Iacobucci, F. : An Interview with Justice Iacobucci and Professor Dieter Grimm, *2 Journal of Law and Equality*, (2003), p. 197
- Jackson, V. C. : Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism : Opening Up the Conversation on « Proportionality », Rights and Federalism, *1 U. Pa. J. Const. Law*, (1999), p. 583
- Jette, M.A. : Sticks and Stones : *Jubran v. Board of Trustees* and the Relationship between Homophobic Harassment and Sex Discrimination, *2 Journal of Law and Equality*, 2003, p. 286
- L'Heureux-Dubé, C. : Realizing equality in the twentieth century : the role of the Supreme Court of Canada in comparative perspective, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 35

- L'Heureux-Dubé, C : L'opinion dissidente : la voie de l'avenir ?, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 8, 2000
- L'Heureux-Dubé, C. : Conversations on Equality, *Manitoba Law Journal*, Vol. 26, p. 273
- Macklem, T. : *Vriend v. Alberta : Making the Private Public*, 44 *Revue de droit de McGill*, (1999), p. 197
- McCarthy, M. et Radbord, J. : A mirage or an oasis? Giving substance to substantive equality, *Canada Watch*, 2000, vol. 8, n° 1-3, p. 20
- McLachlin, B. Racism and the Law – the Canadian Experience, 1 *Journal of Law & Equality*, (2002)
- Matas, D. : Gosselin v. Québec : Is Starvation Illegal ? The Enforceability of the Right to an Adequate Standard of Living, 4 *Melbourne Journal of International Law*, (2003), p. 217
- Poirier, J. : Chronique – Canada, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997, p. 527
- Rothstein, M. : Section 1 : Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms », *Manitoba Law Journal*, Vol. 27, p. 171
- Sheppard, C. : Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.*, 46 *Revue du droit de McGill*, (2000), p. 533
- Woehrling, J. : Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des Etats-Unis et du Canada, 46 *Revue du droit de McGill*, (2000), p. 21
- Woehrling, J. : Droit constitutionnel étranger – l'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier – juin 2002), Canada, *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, p. 187
- Woehrling, J. : L'obligation d'accomodement raisonnable et et l'adaptation de la société à la diversité religieuse, 43 *Revue du droit de McGill*, (1998), p. 325
- Woehrling, J. : La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 379

DROIT AUSTRALIEN

- Bernardi, G. : From conflict to convergence : the evolution of Tasmanian anti-discrimination law, 7 *Australian Journal of Human Rights*, (2001), p. 134
- de Plevitz, L. : The *Briginshaw* « Standard of Proof » in Anti-Discrimination Law : « Pointing with a Wavering Finger », 27 *Melbourne University Law Review*, (2003), p. 308
- Edwards, S. : *Purvis* in the High Court : Behaviour, Disability and the Meaning of Direct Discrimination, 26 *Sydney Law Review* (2004), p. 639
- Gaze, B. : Context and Interpretation in Anti-Discrimination Law, 26 *Melbourne University Law Review*, (2002), p. 325
- Hunyor, J. : Skin-Deep : Proof and Inferences of Racial Discrimination in Employment, 25 *Sydney Law Review*, (2003), p. 535
- Kirk, J. : Constitutional Implications (II) : Doctrines of Equality and Democracy, 25 *Melbourne University Law Review*, (2000), p. 24
- Mason, G. : Harm, Harassment And Sexuality, 26 *Melbourne University Law Review*, 2002, p. 19
- Smith, B. et Riley, J. : Family-friendly Work Practices and the Law, 26 *Sydney Law Review*, (2004), p. 395
- Walker, K. : The Bishops, The Doctor, His Patient and the Attorney-General : The Conclusion of the *McBain* Litigation, 30 *Federal Law Review*, (2002), p. 547

Index des arrêts

(les arrêts jugés les plus importants sont mentionnés en gras ; les chiffres renvoient aux pages auxquelles ils sont particulièrement étudiés)

COUR DE JUSTICE

• Cour

3 Glocken – 407/85, Rec. 1988, p. 4233
Abdoulaye – **C-218/96**, Rec. 1999, p. I-5723 - 142-159
Abrahamsson – **C-407/98**, Rec. 2000, p. I-5531 : 156
Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena – 55/63, Rec. 1964, p. 413
Acton e.a – 44/74, Rec. 1975, p. 383
Adam – 80/81, Rec. 1984, p. 3411
Adanez Vega, C-372/02, Rec. 2004, p. I-xx
Ainsworth – 271/83, Rec. 1987, p. 167 : 170
Akrich – C-109/01, Rec. 2003, p. I-9607
Alabaster – C-147/02, Rec. 2004, p. I-xx
Al-Jubail Fertilizer – C-49/88, Rec. 1991, p. I-3187
Allemagne c. Commission (« mesures fiscales en faveur des investissements ») – **C-156/98**, Rec. 2000, p. I-6657
Allemagne c. Conseil (« bananes ») – C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973
Allonby – C-256/01, Rec. 2004, p. I-xx
Allué I – 33/88, Rec. 1989, p. 1591 : 103
Allué II – C-259/91, Rec. 1993, p. I-4309
Alpa – 151/83, Rec. 1984, p. 3519
Alpine – C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141
Amid – C-141/99, Rec. 2000, p. I-11619
Anastasiou Pissouri I – C-432/92, Rec. 1994, p. I-3087
Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse – C-309/97, Rec. 1999, p. I-2865
Angonese – C-281/98, Rec. 2000, p. I-4139
Aragonesa de Publicidad – C-1/90, Rec. 1991, p. I-4151
Asscher – C-107/94, Rec. 1996, p. I-3089
Assidoman Kraft Products – C-310/97 P, Rec. 1999, p. I-5363
Atral – C-14/02, Rec. 2003, p. I-4431
Avis 2/94 – Rec. 1996, p. I-1759
Baars – C-251/98, Rec. 2000, p. I-2787
Bacardi France – C-429/02, Rec. 2004, p. I-xx
Bachmann – **C-204/90**, Rec. 1992, p. I-249 : 106
Badeck – **C-158/97**, Rec. 2000, p. I-1875 : 152
Baldinger – C-386/02, Rec. 2004, p. I-xx
Banchero – C-387/93, Rec. 1995, p. I-4663
Barbara Erzbergbau AG – 3/58, Rec. 1960, p. I-369
Barber – C-262/88, Rec. 1990, p. I-1889
Barra – 309/85, Rec. 1988, p. I-355
Bauduin – 32/71, Rec. 1972, p. I-363
Bauhuis – 46/76, Rec. 1977, p. I-5
Baumbast – C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091
Beele – 6/81, Rec. 1982, p. I-707

Belgapom – C-63/94, Rec. 1995, p. I-2467
Belgique c. Commission (« FEOGA 1993 ») - C-242/97, Rec. 2000, p. I-3421
Bergandi – 252/86, Rec. 1988, p. I-1343
Bickel – C-27/96, Rec. 1998, p. I-7637
Bidar – C209/03, Rec. 2005, p. I-xx
Biehl – C-175/88, Rec. 1990, p. I-1779
Bilka-Kaufhaus – 170/84, Rec. 1986, p. 1607
Blaizot – 24/86, Rec. 1988, p. 379
Bobie Getränkevertrieb – 127/75, Rec. 1976, p. 1079
Bond van Adverteerders – 352/85, Rec. 1988, p. 2085
Bonfait – C-269/89, Rec. 1990, p. I-4169
Bonino – 233/85, Rec. 1987, p. 739
Bonsignore – 67/74, Rec. 1975, p. 297
Bosal Holding – C-168/01, Rec. 2003, p. I-9409
Boscher – C-239/90, Rec. 1991, p. I-2023
Bosman – C-415/93, Rec. 1995, p. I-45915
Bostock – C-2/92, Rec. 1994, p. I-955
Bötel – C-360/90, Rec. 1992, p. I-3589
Bouchereau – 30/77, Rec. 1978, p. 1999
Boukhalfa – C-214/94, Rec. 1996, p. I-2253
Boussac – 22/80, Rec. 1980, p. 3427
Briheche – C-319/03, Rec. 2004, p. I-xx
Brown – 197/86, Rec. 1988, p. 3205
Brunnhöfer – C-381/99, Rec. 2001, p. I-4961
Buet – 38287, Rec. 1989, p. 1235
Burmanjer – C-20/03, Rec. 2005, p. I-xx
Burton – 19/81, Rec. 1982, p. 554
Caballero – C-442/00, Rec. 2002, p. I-11915
Cabour – C230/96, Rec. 1998, p. I-2055
CaixaBank – C-442/02, Rec. 2004, p. I-xx
Campogrande – C-62/01 P, Rec. 2002, p. I-3743
Carbonati Apuani – C-72/03, Rec. 2004, p. I-xx
Cassis de Dijon (Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein) – 120/78, Rec. 1979, p. 2293 : 64 - 68
Choquet – 16/78, Rec. 1978, p. 2293
Cinzano – 13/70, Rec. 1970, p. 1089
Ciola – C-224/97, Rec. 1999, p. I-2517
Cirotti – C-144/96, Rec. 1997, p. I-5349
Clean Car – C-350/96, Rec. 1998, p. I-2521
Codorniu – C-309/89, Rec. 1994, p. I-1853
Co-Frutta – 193/85, Rec. 1987, p. 2085
Cognet – 355/85, Rec. 1986, p. I-3231
Commerzbank – C-330/91, Rec. 1993, p. I-4017
Commission c. Allemagne (« avocats ») - C-427/85, Rec. 1988, p. 1123
Commission c. Allemagne (« bière ») - 178/84, Rec. 1987, p. 1227
Commission c. Allemagne (« Sekt ») – 12/74, Rec. 1975, p. 181 : 64
Commission c. Allemagne (« emballages réutilisables ») - C-463/01, Rec.
Commission c. Allemagne (« succédanés de lait ») - 76/86, Rec. 1989, p. 1021
Commission c. Allemagne (« viande ») - 274/87, Rec. 1989, p. 229
Commission c. Allemagne (« pétillant de raisins ») - 179/85, Rec., 1986, p. 3879 : 86

Commission c. Allemagne, (« coassurances ») - 205/84, Rec. 1986, p. 3755 : 89
Commission c. Allemagne, (« denrées alimentaires ») - C-51/94, Rec. 1995, p. I-3599
Commission c. Belgique (« allocations d'interruption de carrière ») - C-469/02, Rec.
Commission c. Belgique (« déchets ») - C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431
Commission c. Belgique (« indemnités complémentaires ») - C-173/91, Rec. 1993, p. I-673
Commission c. Belgique (« prestations de chômage ») - C-229/89, Rec. 1991, p. I-2205
Commission c. Belgique (« transmission par câbles ») - C-11/95, Rec. 1996, p. I-4115
Commission c. Belgique, (« accès aux réseaux de télédistribution ») - C-211/91, Rec. 1992, p. I-6757
Commission c. Belgique, (« laboratoire de biologie clinique ») - 221/85, Rec. 1987, p. 719
Commission c. Danemark (« emballages ») - 302/86, Rec. 1988, p. 4607
Commission c. Danemark (« régime fiscal des alcools ») - 106/84, Rec. 1986, p. 833
Commission c. Espagne (« accès aux musées ») - C-45/93, Rec. 1994, p. I-911
Commission c. Espagne (« eau de javel ») - C-358/01, Rec. 2003, p. I-xx
Commission c. France (« avocats ») - C-294/89, Rec. 1991, p. I-3591
Commission c. France (« avoir fiscal »), 270/83, Rec. 1986, p. 273
Commission c. France (« fraises ») - C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959
Commission c. France (« guides touristiques ») - C-154/89, Rec. 1991, p. I-659 : 96
Commission c. France (« laboratoires d'analyses ») - C-496/01, Rec. 2004, p. I-xx
Commission c. France (« métaux précieux ») - C-84/00, Rec. 2001, p. I-4553
Commission c. France (« recrutement surveillants ») - 318/86, Rec. 1988, p. 3559
Commission c. France (« substances nutritives ») - C-24/00, Rec. 2004, p. I-xx
Commission c. France (« tabacs manufacturés ») - C-302/00, Rec. 2002, p. I-2055
Commission c. France (« taux du prélèvement obligatoire ») - C-334/02, Rec. 2004, p. I-xx
Commission c. France (« vins doux naturels ») - 196/85, Rec. 1987, p. 1597
Commission c. France de 1973 (« code du travail maritime ») - 167/73, Rec. 1974, p. 359
Commission c. France, (« avocats ») - C-294/89, Rec. 1991, p. I-3591
Commission c. France, (« coassurances ») - 220/83, Rec. 1986, p. 3663
Commission c. France, (« eaux-de-vie ») - 168/78, Rec. 1980, p. 347
Commission c. France, (« succédanés de lait ») - 216/84, Rec. 1988, p. 793
Commission c. Grèce (« guides touristiques ») - C-198/89, Rec. 1991, p. I-727
Commission c. Grèce (« produits pétroliers ») - C-398/98, Rec. 2001, p. I-7915
Commission c. Grèce (« reconnaissance des périodes ») - C-187/96, Rec. 1998, p. I-1095
Commission c. Grèce, (« bière ») - 176/84, Rec. 1987, p. 1193
Commission c. Irlande (« métaux précieux ») - C-30/99, Rec. 2001, p. I-4619
Commission c. Irlande (« souvenirs d'Irlande ») - 113/80, Rec. 1981, p. 1625
Commission c. Irlande, (« pêche maritime ») - 61/77, Rec. 1978, p. 417
Commission c. Italie (« accès aux musées ») - C-388/01, Rec. 2003, p. I-721
Commission c. Italie (« activité de consultant ») - C-263/99, Rec. 2001, p. I-4195
Commission c. Italie (« activité de fourniture de travail temporaire ») - C-279/00, Rec. 2002, p. I-1425
Commission c. Italie (« boissons énergétiques ») - C-420/01, Rec. 2003, p. I-6445
Commission c. Italie (« droit de statistique ») - 24/68, Rec. 1969, p. 193
Commission c. Italie (« équipements marins ») - C-455/01, Rec. 2003, p. I-xx
Commission c. Italie (« fromages ») - C-210/89, Rec. 1990, p. I-3697
Commission c. Italie (« guides touristiques ») - C-180/89, Rec. 1991, p. I-709
Commission c. Italie (« huile de sésame ») - C-67/88, Rec. 1990, p. I-4285
Commission c. Italie (« marchés publics 2 ») - C-360/89, Rec. 1992, p. I-4201
Commission c. Italie (« produits alimentaires pour sportifs ») - C-270/02, Rec. 2004, p. I-xx
Commission c. Italie (« vinaigre 2 ») - 193/80, Rec. 1981, p. 3019

Commission c. Italie (« directive 76/207 ») - 163/82, Rec. 1983, p. 3273
Commission c. Italie (« activités de courtage ») - C-101/94, Rec. 1996, p. I-2691
Commission c. Italie (« gélatine alimentaire ») - 51/83, Rec. 1984, p. 2793
Commission c. Italie (« marchés publics 1 ») - C-3/88, Rec. 1989, p. 4035
Commission c. Luxembourg (« allocations de naissance et de maternité ») - C-111/91, Rec. 1993, p. I-817
Commission c. Luxembourg (« agents en brevet ») - C-478/01, Rec. 2003, p. I-2351
Commission c. Pays-Bas (« immatriculation d'un navire ») - C-299/02, Rec. 2004, p. I-xx
Commission c. Pays-Bas (« mediawet ») - C-353/89, Rec. 1991, p. I-4069 : 97
Commission c. Royaume-Uni (« indication d'origine ») - 207/83, Rec. 1985, p. 1201
Conforama - C-312/89, Rec. 1991, p. I-997
Connolly c. Commission, C-273/99, Rec. 2001, p. I-1575
Coopérative agricole d'approvisionnement des avirons - 58/86, Rec. 1987, p. 1525
Corsica Ferries 2 - C-18/93, Rec. 1994, p. I-1783
Corsten - C-58/98, Rec. 2000, p. I-7919
Cowan - 186/87, Rec. 1989, p. 195
Danfoss - 109/88, Rec. 1989, p. 3199
Danner - C-136/00, Rec. 2002, p. I-8147
Dassonville - 8/74, Rec. 1974, p. 837 : 57
Data Delecta - C-43/95, Rec. 1996, p. I-4661
De Angelis - 246/83, Rec. 1985, p. 1253
De Coster - C-17/00, Rec. 2001, p. I-9445
De Vos - C-315/94, Rec. 1996, p. I-1417
De Wendel - 29/67, Rec. 1968, p. 387
Debauxe - 52/79, Rec. 1980, p. 833
Decker - C120/95, Rec. 1998, p. I-1831
Defrenne I - 80/70, Rec. 1971, p. 445
Defrenne II - 43/75, Rec. 1976, p. 455 : 52
Defrenne III - 149/77, Rec. 1978, p. 1365
Dekker - C-177/88, Rec. 1991, p. I-1487
Delattre - C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487
Delauche - 111/86, Rec. 1987, p. 5345
Deliège - C-51/96, Rec. 2000, p. I-2549
Demag - 27/74, Rec. 1974, p. 1037
Denkavit - 36/79, Rec. 1979, p. 3439
Denkavit Nederland - C-507/99, Rec. 2002, p. I-169
Deserbais - 286/86, Rec. 1988, p. 4907
Ditta Fransa - C-313/94, Rec. 1996, p. I-6039
Donckerwolcke - 41/76, Rec. 1977, p. 1921
Dory - C-186/01, Rec. 2003, p. I-2479
Douwe Egber - C-239/02, Rec. 2004, p. I-xx
Dowling - C-85/90, Rec. 1992, p. I-5305
Draehmpaehl - C-180/95, Rec. 1997, p. I-2195
Du Pont de Nemours Italiana - C-21/88, Rec. 1990, p. I-889
Dzodzi - C-297/88, Rec. 1990, p. I-3763
EARL - C-15/95, Rec. 1997, p. I-1961
Edah - 80/85, Rec. 86, p. 3359
Edeka - 245/81, Rec. 1982, p. 2745
Eggers - 13/78, Rec. 1978, p. 1935
Elsner-Lakeberg - C-285/02, Rec. 2004, p. I-xx

Enderby – C-127/92, Rec. 1993, p. I-5535
Eridania – 250/84, Rec. 1986, p. 117
Erpelding – 84/87, Rec. 1988, p. 2647
ERT – C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925
Espagne c. Commission (« FEOGA 1995 ») – C-374/99, Rec. 2001, p. I-5943
Espagne c. Commission (« stock de merlu ») – C-304/01, Rec. 2004, p. I-xx
Espagne/Conseil et Parlement (« transporteurs routiers ») – C-184/02, Rec. 2004, p. I-xx
Europe Chemi-Con c. Conseil et Commission – C-422/02 P, Rec. 2005, p. I-xx
Evans medical et Macfarlan Smith – C-324/93, Rec. 1995, p. I-563
Even – 207/78, Rec. 1979, p. 2019
Evrenopoulos – C-147/95, Rec. 1997, p. I-2057
Familia Press – C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689
Fédération charbonnière de Belgique – 8/55, Rec. 1955, p. 201
Fedesa – C-331/88, Rec. 1990, p. I-4023
Ferlini – C-411/98, Rec. 2000, p. I-8081
Ferrario – 152/81, Rec. 1983, p. 2357
Ferriera Valsabbia, 209/83, Rec. 1984, p. 3089
Fietje – 27/80, Rec. 1980, p. I-3839
Fonderie Officine Riunite – 54/72, Rec. 1973, p. 193
Francovich – C-6/90, Rec. 1991, p. I-5357
Franzen – C-189/95, Rec. 1997, p. I-5909
Freers – C-278/93, Rec. 1996, p. I-1165
Futura Participations – C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471
Gambelli – C-243/01, Rec. 2003, p. I-xx
Garcia Avello – C-148/02, Rec. 2003, p. I-xx
Gascogne Limousins – C-56/99, Rec. 2000, p. I-3079
GB-Inno-BM – C-362/88, Rec. 1990, p. I-667
Gebhard – C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165
Geddo – 2/73, Rec. 1973, p. 865
Gerster – C-1/95, Rec. 1997, p. I-5253
Gillard – 9/78, Rec. 1980, p. 2071
Gilli – 788/79, Rec. 1980, p. 2071
***Gouda* – C-288/89, Rec. 1991, p. I-4007 : 97**
Gouvernement de la République française c. Haute Autorité – 1/54, Rec. 1954, p. 7
***Gouvernement de la République italienne c. Commission* – 13/63, Rec. 1963, p. 337 : 38**
Gräbner – C-294/00, Rec. 2002, p. I-6515
Grado et Bashir – C-291/96, Rec. 1997, p. I-5531
Graf – C-190/98, Rec. 2000, p. I-493
Grands moulins de Paris – 50/86, Rec. 1987, p. 4833
Grant – C-249/96, Rec. 1998, p. I-621 : 163
Gravier – 293/83, Rec. 1985, p. 593
Greenham et Abel – C-95/01, Rec. 2004, p. I-xx
Griesmar – C-366/99, Rec. 2001, p. I-9383
Grogan – C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685
Grossmann Air Service – C-230/02, Rec. 2004, p. I-xx
Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises – 7/54, Rec. 1955, p. 53
Gruber – C-249/97, Rec. 1999, p. I-5295
Grundig – 58/64, Rec. 1966, p. 559
Grundig Italiana – C-68/96, Rec. 1998, p. I-3775
Grzelczyk – C-184/99, Rec. 2001, p. I-6193

Haim 1 – C-319/92, Rec. 1994, p. I-425
Halliburton – C-1/93, Rec. 1994, p. I-1137
Haug-Adrion – 251/83, Rec. 1984, p. 4277
Hayes – C-323/95, Rec. 1997, p. I-1711
Heimdienst Sass – C-254/98, Rec. 2000, p. I-151
Heineken Brouwerijen – C-126/04, Rec. 2005, p. I-xxx
Helmig – C-399/92, Rec. 1994, p. I-5727
Herbrink – C-98/91, Rec. 1994, p. I-223
Heylens – 222/86, Rec. 1987, p. 4097
Hochstrass – 147/79, Rec. 1980, p. 3005
Hoechst – 46/87, Rec. 1989, p. 2859
Hoeckx – 249/83, Rec. 1985, p. 973
Hoffmann's Stärkefabriken – 2/77, Rec. 1977, p. 1375
Hofmann – 184/83, Rec. 1984, p. 3047
Houtwipper C-293/93, Rec. 1994, p. I-4249
Humbel – 263/86, Rec. 1988, p. 5365
Hünermund – C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787
ICI – C-264/96, Rec. 1996, p. I-4695
Ideal Tourisme – C-36/99, Rec. 2000, p. I-6049
Italie c. Commission (« stockage de céréales ») – C-24/03, Rec. 2004, p. I-xx
Italie c. Commission (« produits vitivinicoles ») – C-283/02, Rec. 2005, p. I-xx
Jämställdhetsombudsmannen – C-236/98, Rec. 2000, p. I-2189
Jenkins – 96/80, Rec. 1981, p. 911
John Walker – 243/84, Rec. 1986, p. 875
Johnston – 222/84, Rec. 1986, p. 1651
Jokela – C-9/97, Rec. 1998, p. I-6267
Jørgensen – C-226/98, Rec. 2000, p. I-2447
K.B. – C-117/01, Rec. 2004, p. I-xx
Kaba 2 – C-466/00, Rec. 2003, p. I-2219
Kachelman – C-322/98, Rec. 2000, p. I-7505
Kalanke – C-450/93, Rec. 1995, p. I-3051 : 150
Karlsson – C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737
Kaske – C-277/99, Rec. 2002, p. I-1261
Keck – C-267/91, Rec. 1993, p. I-6097 : 110
Kelderman – 130/80, Rec. 1981, p. 527
Kemmler – C-53/95, Rec. 1996, p. I-703
Kenny – 1/78, Rec. 1978, p. 1489
Kik – C-361/01 P, Rec. 2003, p. I-8283 : 466
Kind – 106/81, Rec. 1982, p. 2885
Kirsammer-Hack – C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185
Klaus – C-482/93, Rec. 1995, p. I-3551
Klensch – 201/85, Rec. 1986, p. 3477
Klöckner-Werke – 17/91, Rec. 1962, p. 615
Klopp – 107/83, Rec. 1984, p. 2971
Knoors – 115/78, Rec. 1979, p. 399 : 60
Köbler – C-224/01, Rec. 2003, p. I-10239
Koestler 15/78, Rec. 1978, p. 1971
Kohl – 177/83, Rec. 1984, p. 3651
Kohll – C-158/96, Rec. 1998, p. I-1931
Kohlpharma – C-112/02, Rec. 2004, p. I-xx

Koninklijke Coöperatie Cosun – T-240/02, Rec. 2004, p. I-xx
Koninklijke Scholten-Honig – 125/77, Rec. 1978, p. 1991
Konstantinidis, - C-168/91, Rec. 1993, p. I-1191
Koua Poirrez C-206/91, Rec. 1992, p. I-6685
Kranemann – C-109/04, Rec. 2005, p. I-xx
Kraus – C-19/92, Rec. 1993, p. I-1663 : 108
Krüger – C-281/97, Rec. 1999, p. I-5127
Kulzer – C-194/96, Rec. 1998, p. I-895
Kupferberg – 253/83, Rec. 1985, p. 157
Kutz-Bauer – C-187/00, Rec. 2003, p. I-2741
Laboratoires Fournier, C-39/04, Rec. 2005, p. I-xx
Lambregts – 4/88, Rec. 1989, p. 2583
Lancry – C-363/93, Rec. 1994, p. I-3957
Laperre - C-8/94, Rec. 1996, p. I-273
Larsson – C-400/95, Rec. 1997, p. I-2757
Lasteyrie du Saillant C-9/02, Rec. 2004, p. I-xx
Le Manoir – C-27/91, Rec. 1991, p. I-5531
Leclerc/Au blé vert – 229/83, Rec. 1985, p. 1
Leclerc-Siplec – C-412/93, Rec. 1995, p. I-179
Lehtonen – C-176/96, Rec. 2000, p. I-2681
Lenoir – 313/86, Rec. 1988, p. 5391
Lenz – C-315/02, Rec. 2004, p. I-xx
Leukhardt – 113/88, Rec. 1989, p. 1991
Levy – C-158/91, Rec. 1993, p. I-4287
Lewark – C-457/93, Rec. 1996, p. I-243
Lewen C-333/97, Rec. 1999, p. I-7243
Ligur Carni – C-277/91, Rec. 1993, p. I-664
Lindman – C-42/02, Rec. 2003, p. I-xx
Lommers – C-476/99, Rec. 2002, p. I-2891
Lustig – C-244/97, Rec. 1998, p. I-8701
Macchiorlatti Dalmas e Figli – 30/95, Rec. 1966, p. 49
Mahlburg – C-207/98, Rec. 2000, p. I-549
Manghera – 59/75, Rec. 1976, p. 91
Mars - C-470/93, Rec. 1995, p. I-1923
Marschall – C-409/95, Rec. 1997, p. I-6363
Marsman – 44/72, Rec. 1972, p. 1243
Martinez Sala – C-85/96, Rec. 1998, p. I-2691
Masgio – C-10/90, Rec. 1991, p. I-1119
Matteuci – 235/87, Rec. 1988, p. 5589
Merkur – 97/76, Rec. 1977, p. 1063
Metallgesellschaft – C-397/98, Rec. 2001, p. I-1727
Meyers – C-116/94, Rec. 1995, p. I-2131
Micheletti - C-369/90, Rec. 1992, p. I-4239
Micheli – 198/81, Rec. 1982, p. 4145
Minotiers de la Champagne – 11/74, Rec. 1974, p. 877
Molenbroeck – C-226/91, Rec. 1992, p. I-5943
Monsanto – C-236/01, Rec. 2003, p. I-8105
Morellato 2 – C-415/00, Rec. 2003, p. I-9343
Morgenbesser – C-313/01, Rec. 2003, p. I-xx
Moscato – C-481/93, Rec. 1995, p. I-3525

Moser – 180/83, Rec. 1984, p. 2539
 Moulins Pont-à-Mousson – 124/76, Rec. 1977, p. 1795
 Mund & Fester – C-398/92, Rec. 1994, p. I-467
 Mura – 22/77, Rec. 1977, p. 1699
 National Farmer's Union – C-354/95, Rec. 1997, p. I-4559
 Neath – C-152/91, Rec. 1993, p. I-6935
 Nespoli et Crippa – C-196/89, Rec. 1990, p. I-3647
 Nikoloudi – C-196/02, Rec. 2005, p. I-xx
 Nimz – C-184/89, Rec. 1991, p. I-297
 Ninni-Orasche – C-413/01, Rec. 2003, p. I-xx
 Nolte – C-317/93, Rec. 1995, p. I-4625
 Nonwoven – C-4/97, Rec. 1998, p. I-6469
 O'Flynn – C-237/94, Rec. 1996, p. I-2617 : 126
 Omega Spielhallen – C-36/02, Rec. 2004, p. I-xx
 Oosthoek – 286/81, Rec. 1982, p. 4575
 Orkem – 374/87, Rec. 1989, p. 3283
 Ospelt C- 452/01, Rec. 2003, p. I-9743
 Österreichischer Gewerkschaftsbund – C-220/02, Rec. 2004, p. I-xx
 Österreichischer Gewerkschaftsbund (travailleurs) – C-195/98, Rec. 2000, p. I-10497
 Oteiza Olazabal – C-100/01, Rec. 2002, p. I-10981
 Oulane – C-215/03, Rec. 2005, p. I-xx
 Öztürk – C-373/02, Rec. 2004, p. I-xx
 P. c. S – C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143 : 162
 Pall c. Dahlausen – C-238/89, Rec. 1990, p. I-4827
 Parlement c. Conseil (« droit de séjour des étudiants ») – C-295/90, Rec. 1992, p. I-4193
 Pasetti-Bombardella c. Commission – 20/68, Rec. 1969, p. 235
 Pastoors – C-29/95, Rec. 1997, p. I-285
 Pecastaing – 98/79, Rec. 1980, p. 691
 Peralta – C-379/92, Rec. 1994, p. I-3453
 Petrides – C-64/98 P, Rec. 1999, p. I-5187
 Peureux – 119/78, Rec. 1979, p. 975
 Phil Collins – C-92/92, Rec. 1993, p. I-5145
 Pieck – 157/79, Rec. 1980, p. 2171
 Pinna I – 41/84, Rec. 1986, p. 1
 Pistre – C-321/94, Rec. 1997, p. I-2343
 Pontillo – C-372/96, Rec. 1998, p. I-5091
 Port – 52/99, Rec. 2001, p. I-981
 Portugaia Construções – C-164/99, Rec. 2001, p. I-787
 Posthuma-Van Damme – C-280/94, Rec. 1996, p. I-179
 Prais – 130/75, Rec. 1976, p. 1589
 Prantl – 16/83, Rec. 1984, p. 1299
 Preussen Elektra – C-379/98, Rec. 2001, p. I-2099
 Racke – 283/83, Rec. 1984, p. 3791
 Ramrath – C-106/91, Rec. 1992, p. I-3351
 Rau – 261/81, Rec. 1982, p. 3961
 Razanatsimba – 65/77, Rec. 1977, p. 2229
 Razzouk – 117/82, Rec. 1984, p. 1509
 Reed – 131/85, Rec. 1986, p. 1283
 Reichling – C-406/93, Rec. 1994, p. I-4061

République Portugaise c. Commission, (« gestion des aéroports ») - C-163/99, Rec. 2001, p. I-2613
Rewe-Zentrale – 45/75, Rec. 1976, p. 181
Reyners – 2/74, Rec. 1974, p. 631
Rheinmühlen – 6/71, Rec. 1971, p. 823
Rinke – C-25/02, Rec. 2003, p. I-8349
Rinner-Kühn – 171/88, Rec. 1989, p. 2743
Roberts – C-132/92, Rec. 1993, p. I-5579
Robertson – 220/81, Rec. 1982, p. 2349
Roks – C-343/92, Rec. 1994, p. I-571
Roquette – C-94/01, Rec. 2002, p. I-9011
Roquette Frères - 138/79, Rec. 1980, p. 3333
Roux – C-363/89, rec 1991, p.273
Roviello – 20/85, Rec. 1988, p. 2805
Royal Bank of Scotland – C-311/97, Rec. 1999, p. I-2651
Royal Copenhagen – C-400/93, Rec. 1995, p. I-1275
Royer – 48/75, Rec. 1976, p. 497
RTL – C-245/01, Rec. 2003, p. I-xx
Rückdeschel – 117/76, Rec. 1977, p. 1753 : 45
Rummler – 237/85, Rec. 1986, p. 2101
Rush Portuguesa – C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417
Säger - C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221 : 97
Sagulo – 8/77, Rec. 1977, p. 1495
Saint-Gobain – C-307/97, Rec. 1999, p. I-6161
Saldanha – C-122/96, Rec. 1997, p. I-5325
Salgado Alonso, C-306/03, Rec. 2005, p. I-xx
Sapod – C-159/00, Rec. 2002, p. I-5031
SARPP – C-241/89, Rec. 1990, p. I-4695
Sass – 284/02, Rec. 2004, p. I-xx
Saunders – 175/78, Rec. 1979, p. 1129
SCAC – C-56/94, Rec. 1995, p. I-1769
Schilling – C-209/01, Rec. 2003, p. I-xx
Schmidberger – C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659 : 456
Schnorbus – C-79/99, Rec. 2000, p. I-10997 : 140
Schönheit – C-40/02, Rec. 2003, p. I-xx
Schöttle – 20/76, Rec. 1977, p. 247
Schräder – 265/87, Rec. 1989, p. 2237
Schumacker – C-279/93, Rec. 1995, p. I-225
Schutzverband gegen Unwesen I.D. Weinwirtschaft, 59/82, Rec. 1983, p. 1217
Seco – 63/81, Rec. 1982, p. 223 : 76
Sehrer – C-302/98, Rec. 2000, p. I-4585
Seymour-Smith – C-167/97, Rec. 1999, p. I-623
Singh – C-370/90, Rec. 1992, p. I-4265
Skandia – C-422/01, Rec. 2003, p. I-6817
Smanor – 298/87, Rec. 1988, p. 4489
Smieja - - 51/83, Rec. 1973, p. 1213
SMW Winzersekt – C-306/93, Rec. 1994, p. I-5555
Snellers – C-314/98, Rec. 2000, p. I-8633
Sociaal fonds voor Diamantarbeiders – 2/69, Rec. 1969, p. 211 : 40
Société des charbonnages de Beeringen – 9/55, Rec. 1955, p. 325

Sociétés des fonderies de Pont-à-Mousson – 14/59, Rec. 1959, p. 445
Sotgiu – 152/73, Rec. 1974, p. 153 : 49
Spotti – C-272/92, Rec. 1993, p. I-5185
St. Nikolaus Brennerei – 337/82, Rec. 1984, p. 1051
Stanton – 143/87, Rec. 1988, p. 3877
Statens Kontrol – 142/77, Rec. 1978, p. 1543
Steinhauser – 197/84, Rec. 1985, p. 1819
Steinicke – C-77/02, Rec. 2003, p. I-9027
Stoeckel – C-345/89, Rec. 1991, p. I-4047
Svensson – C-484/93, Rec. 1995, p. I-3955
Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion – C-398/95, Rec. 1997, p. I-3091
Tasca – 65/75, Rec. 1976, p. 291
Tele Danmark – C-109/00, Rec. 2001, p. I-6973
Ten Oever – C-109/91, Rec. 1993, p. I-4879
Terhoeve – C-18/95, Rec. 1999, p. I-345
Thieffry – 71/76, Rec. 1977, p. 765
Troiani – 368/87, Rec. 1989, p. 1333
Trojani – C-456/02, Rec. 2004,xx
Überseering – C-208/00, Rec. 2002, p. I-9919
Unilet – C-117/99, Rec. 2000, p. I-6077
van Binsbergen – 33/74, Rec. 1974, p. 1299
Van der Veldt – C-17/93, Rec. 1994, p. I-3537
Van Duyn – 41/74, Rec. 1974, p. 1337
van Lent – C-232/01, Rec. 2003, p. I-xx
van Tiggele – 82/77, Rec. 1978, p. 25
van Wesemael – 110/78 Rec. 1979, p. 35
Verband Sozialer Wettbewerb – C-315/92, Rec. 1994, p. I-317
Veronica – C-148/91, Rec. 1993, p. I-487
Viho – C-73/95 P, Rec. 1996, p. I-5457
Vougioukas – C-445/93, Rec. 1995, p. I-4033
Wagner – 8/82, Rec. 1983, p. 371
Wallentin – C-169/03, Rec. 2004, p. I-xx
Walrave – 36/74, Rec. 1974, p. 1405
Watson – 118/75, Rec. 1976, p. 1185
Webb – 279/80, Rec. 1981, p. 3305 : 75
Weigel – C-387/01, Rec. 2004, p. I-xx
Wiener Gebietskrankenkasse – C-309/97, Rec. 1999, p. I-2865
Wijsenbeek – C-378/97, Rec. 1999, p. I-6207
Wilkens – C-181/96, Rec. 1999, p. I-399
Williams – 134/84, Rec. 1984, p. 2225
Wippel – C-313/02, Rec. 2004, p. I-xx
Witte – 188/83, Rec. 1984, p. 3465
Wolff & Müller – C-60/33, Rec. 2004, p. I-xx
Wurmser – 25/88, Rec. 1989, p. 1105
X et Y – C-436/00, Rec. 2002, p. I-10829
Yves Rocher – C-126/91, Rec. 1993, p. I-2361
Z. – C-270/99 P, Rec. 2001, p. I-9197
Zoni – 90/96, Rec. 1988, p. 4285
Zurstrassen – C-87/99, Rec. 2000, p. I-3337

- **Tribunal**

Alvarez Moreno c. Commission – T-153/01, RecFP 2003, p. xx
Apostolidis c. Commission – T-86/97, RecFP 1999, p. IA-167 et II-521
Becker c. Cour des comptes – T-93/94, Rec. 1996, p. II-141
Bocchi – T-30/99, Rec. 2001, p. II-943
Breton c. Cour de justice – T-323/02, RecFP 2003, p. xx
British Steel – T-243/94, Rec. 1997, p. II-1187
Burrill c. Commission – T-51/98, RecFP 1999, p. IA-263 et II-1059
C. – T-307/00, RecFP 2003, p. IA-33 et II-221 : 172
Campogrande c. Commission – T-136/98, RecFP 2000, p. IA-267 et II-1225
Comafrika – T-70/94, Rec. 1996, p. II-1741
D. – T-264/97, RecFP, p. IA-1 et II-1
Drouvis c. Commission – T-184/00, RecFP 2003, p. IA-51 et II-297
Foral de Alava – T-92/00, Rec. 2002, p. II-1385
Hauer – T-119/95, Rec. 1998, p. II-2713
Hirsch – T-94/01, RecFP, p. IA-1, II-27
JFE Engineering Corp – T-67/00, Rec. 2004, p. I-xx
Koninklijke Coöperatie Cosun – T-240/02, Rec. 2004, p. I-xx
Latino – T-145/01, RecFP 2003, p. xx
Lefebvre – T-571/93, Rec. 1995, p. II-2379
Limburgse Vynil Maatschappij – T305/94, Rec. 1999, p. II-931
Lutz Herrera – T-219/02, RecFP 2004, p. xx
Minoan Lines – T-66/99, Rec. 2003, p. II-xx
Neue Maxhütte – T-129/95, Rec. 1999, p. II-17
NMB – T-162/94, Rec. 1996, p. II-427
O'Dwyer – T-466/93, Rec. 1995, p. II-2071
Papadeas – T-102/98, RecFP, p. IA-211 et II-1091
Pfizer – T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305
Strintzis Shipping – T-65/99, Rec. 2003, p. II-xx
Tenreiro – T-216/03, RecFP 2004, p. xx
Tideland Signal – T-211/02, Rec. 2002, p. II-3781
Ventouris – T-59/99, Rec. 2003, p. II-xx
Viho – T-102/92, Rec. 1995, p. II-17
Wieme – T-174/02, RecFP 2003, p. xx
Wirtschaftsvereinigung Stahl – T-106/96, Rec. 1999, p. II-2155
Zoder c. Parlement – T-30/90, Rec. 1991, p. II-207

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- **Arrêts**

Abdulaziz – Série A n° 94 (1985) : 245
Affaire dite du « régime linguistique » – Série A n° 6 (1968) : 205
Airey – Série A n° 32 (1979)
Akkum – (2005)
Aksoy – (2000)

Aktaş - Recueil des arrêts et décisions 2003-V
Altun (2004)
Anguelova – Recueil des arrêts et décisions 2002-IV
Ásmundson
Asnar – (2003) : 248
Aziz – (2004)
B.B. – (2004)
Balogh – (2004)
Bilgin - (2000)
Botta – Recueil des arrêts et décisions 1998-I
Bouamar - Série A n° 129 (1988)
Bucheň – (2002)
Buckley – Recueil des arrêts et décisions 1996-IV
Building society – Recueil des arrêts et décisions 1997-VII
Buldan – (2004)
Burghartz – Série A n° 280-B (1994)
C./Belgique – Recueil des arrêts et décisions 1996-III
Camp et Bourimi – Recueil des arrêts et décisions 2000-X
Cha'are – Recueil des arrêts et décisions 2000-VII
Chapman – Recueil des arrêts et décisions 2001-I
Chassagnou – Recueil des arrêts et décisions 1999-III
Chypre/Turquie (2001) – Recueil des arrêts et décisions 2001-IV
Cicek – (2001)
Connors – (2004)
Cordova (n° 1) – Recueil des arrêts et décisions 2003-I
Coster – (2001)
D.G - Recueil des arrêts et décisions 2002-III
da Silva Mouta – Recueil des arrêts et décisions 1999-IX : 246
Dalban – Recueil des arrêts et décisions 1999-VI
Dangeville – Recueil des arrêts et décisions 2002-III
Darby – Série A n° 187 (1990)
DEP – (2002)
Dertli – (2003)
Devenney – (2002)
Devlin – (2001)
Dudgeon – Série A n° 45 (1982)
Eglise métropolitaine de Bessarabie – Recueil des arrêts et décisions 2001-XII
Ekin – Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII
Ekinci – (2002)
Eliazer – Recueil des arrêts et décisions 2001-X
Elsholz – Recueil des arrêts et décisions 2000-VIII
Engel – Série A n° 22 (1976)
Eugenia Michaelidou Developments Ltd – (2003)
ex-roi de Grèce – Recueil des arrêts et décisions 2000-XII
Fogarty – Recueil des arrêts et décisions 2001-XI
Fredin 1 – Série A n° 192 (1991)
Fretté – Recueil des arrêts et décisions 2002-I : 209 - 222
Gaygusuz – Recueil des arrêts et décisions 1996-IV : 246
Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki – (2002)
Gerger (1999)

Gillow - - Série A n° 109 (1986)
 Goodwin – Recueil des arrêts et décisions 2002-VI
 Gorzelik (arrêt de la Grande Chambre) - (2004)
 Grande Oriente d'Italia – Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII
 Grèce c. Royaume-Uni (« affaire de Chypre »)
 Gündem – Recueil des arrêts et décisions 2000-III
 H.L.
 Handyside – Série A n° 24 (1976)
 Hassan et Tchaouch – Recueil des arrêts et décisions 2000-XI
 Hirst c. Royaume-Uni – (2004)
 Hoffmann c. Autriche – Série A n° 255-C (1993)
 Hoffmann – (2001)
 Ihlan -
 Ikincisoy (2004)
 Inze – Série A n° 126 (1987)
 Ipek – (2004)
 Irlande/Royaume-Uni – Série A n° 25 (1978)
 Jahn – (2004)
 James – Série A n° 98 (1986)
 Jantner – (2003)
 Johnston – Série A n° 112 (1986)
 Jordan – (2000)
 Jorge -
 Kalin – (2004)
 Kamasinski – Série A n° 168 (1989)
 KarlHeinz Schmidt – Série A n° 291 (1994)
 Karner – Recueil des arrêts et décisions 2003-IX
 Keegan – Série A n° 290 (1994)
 Kjeldsen – Série A n° 23 (1976)
 Koua Poirrez – 2003)
 Kremzow – Série A n° 268-B (1993)
 Kroon – Série A n° 297-C (1994)
 L. et V. – Recueil des arrêts et décisions 2003-I
 Larkos – Recueil des arrêts et décisions 1999-I
 Lebbink – (2004)
 Lithgow – Série A n° 102 (1986)
 Luedicke – Série A n° 29 (1978)
 Lustig-Prean – (1999)
 M.C. c. Belgique – (2003)
 M.K -
 Manoussakis – Recueil des arrêts et décisions 1996-IV
 Marckx – Série A n° 31 (1979)
 Matthews – Recueil des arrêts et décisions 1999-I
 Matyar – (2002)
 Mazurek – Recueil des arrêts et décisions 2000-II
 McKerr -
 McMichael -
 McShane – (2002)
 Melnychenko – (2004)
 Menteşe – (2005)

Merger et Cros – (2004)
Moustaquim – Série A n° 193 (1991)
N.F – Recueil des arrêts et décisions 2001-IX
Nachova – (2004) : 232
Odièvre – Recueil des arrêts et décisions 2003-II : 237 - 254
Önen - (2002)
Orak – (2002)
Orhan – (2002)
Özdep – Recueil des arrêts et décisions 1999-VIII
Palau-Martinez (2003)
Parti socialiste de Turquie (STP) – (2003)-
Partidul comunistilor (2005)
Perkins – (2002)
Petrovic – Recueil des arrêts et décisions 1998-II : 247
Pine Valley Ltd - Série A n° 222 (1991)
Pini c. Roumanie – (2004)
Pla et Puncernau – (2004)
Podkolzina – Recueil des arrêts et décisions 2002-II
Posti et Rahko – Recueil des arrêts et décisions 2002-VII
Pretty – Recueil des arrêts et décisions 2002-III
Rasmussen – Série A n° 87 (1984)
Refah Partisi – (2003)
Rekvenyi – Recueil des arrêts et décisions 1999-III
Sadak – Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII
Sahin (Leyla) c. Turquie – (2004) : 451 - 459
Sahin c. Allemagne (arrêt de chambre) - (2001)
Sahin c. Allemagne (arrêt de la Grande Chambre) – *Recueil des arrêts et décisions 2003-VIII*
Saints Monastères – Série A n° 301-A (1994)
Schmidt et Dahlström – Série A n° 21 (1976)
Schuler-Zraggen – Série A n° 263 (1993)
Selim Sadak – Recueil des arrêts et décisions 2002-IV
Şen (Nuray) (n°2) - (2004)
Sheffield – Recueil des arrêts et décisions 1998-V
Sidabras – (2004) : 209
Slivenko – (2003)
Sovtransavto Holding – Recueil des arrêts et décisions 2002-VII
Spadea – Série A n° 315-B (1995)
Stjerna – Série A n° 299-B (1994)
Stubbings – Recueil des arrêts et décisions 1996-IV
Sunday Times – Série A n° 30 (1979)
Syndicat national de la police belge – Série A n° 19 (1975)
Syndicat suédois des conducteurs de locomotives – Série A n° 20 (1976)
Tanli – Recueil des arrêts et décisions 2001-III
Tekdag – (2004)
Tekeli – (2004)
Tepe – (2003)
Thlimmenos – Recueil des arrêts et décisions 2000-IV : 273 - 480
Tinelly
van der Mussele – Série A n° 70 (1983)
van Raalte – Recueil des arrêts et décisions 1997-I

Velikova – Recueil des arrêts et décisions 2000-VI
Verein Gegen Tierfabriken – Recueil des arrêts et décisions 2001-VI
Vermeire - Série A n° 214-C (1991)
Vilvarajah – Série A n° 215 (1991)
Waite – Recueil des arrêts et décisions 1999-I
Wessels-Bergervoet – Recueil des arrêts et décisions 2002-IV
Willis – Recueil des arrêts et décisions 2002-IV
Wilson – Recueil des arrêts et décisions 2002-V
X&Y/Pays-Bas – Série A n° 91 (1985)
Yaman – (2004)
Yazar (HEP) – Recueil des arrêts et décisions 2002-II
Yilmaz (Mehmet Sirin) – (2004)
Yöyler – (2003)
Pellegrin – Recueil des arrêts et décisions 1999-VIII
Colas Est – Recueil des arrêts et décisions 2002-III
Py - (2005)

• **Décisions sur la recevabilité**

A.B. c. Suède – 24697/04 (2004)
Acimovic – 61237/00 (2002)
Akar - 55954/00 (2004)
Arac - 69037/01 (2004)
Auerbach - 45600/99 (2002)
Bastimar - 74337/01 (2003)
Beale - 16743/03 (2004)
Breisacher – Recueil des arrêts et décisions 2003-X
Charmantas - 38302/02 (2003)
Dahlab – Recueil des arrêts et décisions 2001-V
Demir - 55373/00 (2002)
Des Fours Walderode - 40057/98 (2003)
Draon et Draon - 1513/03 (2004)
Frátrik - 51224/99 (2004)
Gouvernement de la communauté autonome du pays basque - 29134/03 (2004)
Güler - 52746/99 (2003)
Gümüs - 40303/98 (2003)
Halis - 30007/96 (2002)
Hatun - 57343/00 (2004)
Hill - 28006/02 (2003)
Hocaogullari - 77109/01 (2002)
Hoogendijk – 58641/00 (2005) : 259
J. Martin - 63608/00 (2003)
Kepenekioglu
Keskin - 49564/99 (2002)
Kilic - 49164/99 (2002)
Koçak - 23720/02 (2003)
Koliha - 52863/99
Kücükaslan - 47659/99 (2003)
L.B. - 39802/98 (2002)
Mata Estevez – Recueil des arrêts et décisions 2001-VI : 251

Murphy - 28044/02 (2003)
Negoescu - 55450/00
Nekvedavcius - 46165/99 (2003)
Novotny - 46148/99 (2004)
Osman - 43233/98 (2004)
Österreichischer Rundfunk - 57597/00 (2004)
Özcan - 41557/98 (2004)
Öztürk - 29365/95 (2003)
Papazoglou - 73840/01 (2002)
Phull - 35753/03 (2005)
Pichon et Sajous – Recueil des arrêts et décisions 2001-X
Robertson - 12828/02 (2002)
Sarikaya - 36115/97 (2002)
Sen - 45824/99 (2003)
Söylemez - 46661/99 (2002)
Spath Holme - 78031/01 (2002)
Sroub - 40048/98 (2002)
Tekin (Zeynep) - 41556/98 (2002)
The Gypsy Council - 66336/01 (2002)
Toktas - 38382/97 (2002)
Töre - 48095/99 (2004)
Vikulov - 16870/03 (2004)
Wintersberger - 57448/00 (2003)
Yakar - 36189/97 (2002)
Yesilgöz - 45454/99 (2004)
Zana - 51002/99 (2004)
Zarakolu - 32455/96 (2002)
Zouboulidis - 77574/01 (2002) : 174

COUR SUPRÊME US

Adarand Constructors v. Pena – 515 U.S. 200 (1995) : 310
Adarand v. Secretary of Transportation (per curiam) - 528 U.S. 216 (2000)
Afroyim v Rusk – 387 U.S. 253 (1965)
Albemarle Paper Co. v. Moody – 422 U.S. 405 (1975)
Alden v. Maine – 527 U.S. 706 (1999)
Alexander v. Sandoval – 532 U.S. 275 (2001)
Allen v. Wright – 468 U.S. 737 (1984)
Ambach v. Norwick – 441 U.S. 68 (1979)
Ansonia Board of Education v. Philbrook – 479 U.S. 60 (1986)
Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp – 429 U.S. 252 (1977)
Assoc. gen. Contractors v. city of Jacksonville – 508 U.S. 656 (1993)
Attorney-General of New-York v. Soto-Lopez – 476 U.S. 898 (1986)
Bernal v. Fainter - 467 U.S. 858 (1984)
Blythe v. Hinckley – 173 U.S. 501 (1899)
Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett – 531 U.S. 356 (2001)
Bolling v. Sharpe – 347 U.S. 497 (1954)
Bowers v. Hardwick – 478 U.S. 186 (1986) : 293
Boy Scouts of America v. Dale – 530 U.S. 640 (2000)

Bradwell v. Illinois – 83 U.S. 130 (1873)
Bragdon v. Abbott – 524 U.S. 638 (1999)
Brown v. Board of Education – 347 U.S. 483 (1954) : 271
Buckley v. Valeo – 424 U.S. 1 (1976)
Bunting, VMI v. Mellen – 541 U.S. 1019 (2004)
Burlington Industries v. Ellerth – 524 U.S. 742 (1998)
Caban v. Mohammed – 441 U.S. 380 (1979)
Cabell v. Chavez Salido – 454 U.S. 432 (1982)
Califano v. Goldfarb – 430 U.S. 199 (1977)
Chicago, B. & Q.R.R. v. Iowa – 94 U.S. 155 (1877)
City of Boerne v. Flores – 521 U.S. 507 (1997)
Clackamas Enterology Associates v. Wells – 538 U.S. 440 (2003)
Clinton v. City of New-York – 524 U.S. 417 (1998)
Craig v. Boren – 429 U.S. 190 (1976)
Crawford v. Britton 523 U.S. 574 (1998)
Davis, as next friend of LaShonda D. v. Monroe County Board of Education – 526 U.S. 629 (1999)
Demore v. Kim - 538 U.S. 510 (2003)
Desert Palace v. Costa – 539 U.S. 90 (2003) : 340
Detroit Bank v. USA – 317 U.S. 329 (1943)
Dothard v. Rawlinson – 433 U.S. 321 (1977)
Dred Scott v. Sandford – 60 U.S. 393 (1857)
Dunn v. Blumstein – 405 U.S. 330 (1972)
Eisenstadt v. Baird 405 U.S.438 (1972)
Employment Div., Dept of Human Resources of Ore v. Smith - 485 U.S. 660 (1988)
Espinoza v. Farah MFG Commission – 414 U.S. 86 (1973)
F.S. Royster Guano v. Com. of Virginia – 253 U.S. 412 (1920)
Faragher v. City of Boca Raton - 524 U.S. 775 (1998)
Ferguson v. Skrupa – 372 U.S. 726 (1963)
Firefighters v. Cleveland – 478 U.S. 501 (1986)
Firefighters v. Stotts 467 U.S. 561 (1984)
Fitzgerald v. Racing Assn of Central Iowa - 539 U.S. 13 (2003)
Florida Prepaid Post-Secondary Educ. Expense Board v. College Savings Bank – 527 U.S. 627 (1999)
Foley v. Connelie – 435 U.S. 291 (1978)
Franklin v. Gwynnett County – 503 U.S. 60 (1992)
Frick v. Webb – 263 U.S. 326 (1923)
Frontiero v. Richardson – 411 U.S. 677 (1973)
Fullilove v. Klutznick- 448 U.S. 448 (1980)
Gayle v. Bowder (per curiam) – 352 U.S. 903 (1956)
Gebser v. Lago Vista Independent School District – 524 U.S. 274 (1998)
Geduldig v. Aiello – 417 U.S. 484 (1974)
General Dynamics v. Cline – 540 U.S. 581 (2004)
General Electric v. Gilbert – 429 U.S. 125 (1976)
Gong Lum v. Rice – 275 U.S. 78 (1927)
Graham v. Richardson – 403 U.S. 365 (1971)
Gratz v. Bollinger – 539 U.S. 244 (2003) : 316
Gregory v. Ashcroft – 501 U.S. 452 (1991)
Griggs v. Duke Power – 401 U.S. 424 (1971) : 343
Griswold v. Connecticut – 381 U.S. 479 (1965)

Grutter v. Bollinger – 539 U.S. 306 (2003) : 313
Guinn v. United States – 238 U.S. 347 (1915)
Harris v. Forklift Systems – 510 U.S. 17 (1993)
Hazen Paper v. Biggins – 507 U.S. 604 (1993)
Heller v. Doe – 509 U.S. 312 (1993)
Hernandez v. New-York – 500 U.S. 352 (1991)
Hirabayashi v. United States – 320 U.S. 81 (1943)
Hooper v. Bernalillo County Assessor – 472 U.S. 612 (1985)
Hoyt v. Florida – 368 U.S. 57 (1961)
Jackson v. Birmingham Bd of Ed – (
Johnson v. California –
Johnson v. Transportation Agency – 480 U.S. 616 (1987) : 350
Kahn v. Shevin – 416 U.S. 351 (1974)
Katzenbach v. Morgan – 384 U.S. 641 (1966)
Kimel v. Florida Bd of Regents – 528 U.S. 62 (2000)
Korematsu v. United States – 323 U.S. 214 (1944)
La Belle Iron Works v. United States – 256 U.S. 377 (1921)
Lane v. Wilson – 307 U.S. 268 (1939)
Lawrence v. Texas – 539 U.S. 558 (2003) : 295
Lego v. Twomey – 404 U.S. 477 (1972)
Lindsley v. Natural Carbonic Gas – 220 U.S. 61 (1911)
Lombard v. Louisiana – 373 U.S. 267 (1963)
Loving v. Virginia – 388 U.S. 1 (1967)
Massachusetts Board of Retirement v. Murgia – 427 U.S. 307 (1976)
Mathews v. Diaz – 426 U.S. 67 (1976)
Mayor & City Council of Baltimore v. Dawson – 350 U.S. 877 (1955)
McCabe v. Atchison – 235 U.S. 151 (1914)
McDonnell Douglas v. Green – 411 U.S. 792 (1973) : 337
McLaughlin v. Florida – 379 U.S. 184 (1964)
Memorial Hospital v. Maricopa County – 415 U.S. 250 (1974)
Meritor Savings Bank v. Vinson – 477 U.S. 57 (1986) : 323
Metro Broadcasting v. FCC – 497 U.S. 547 (1990)
Metropolitan Life Insurance Commission v. Ward – 470 U.S. 869 (1985)
Michael M. v. Sonoma County Superior Court – 450 U.S. 464 (1981)
Miller v. Albright – 523 U.S. 420 (1998)
Minor v. Happersett – 88 U.S. 162 (1875)
Mississippi University for Women v. Hogan – 458 U.S. 718 (1982)
Munn v. State of Illinois – 94 U.S. 113 (1877)
Muller v. Oregon – 208 U.S. 412 (1908)
National Railroad Passenger Corporation v. Morgan – 536 U.S. 101 (2002)
Nevada Dept of Human Resources v. Hibbs – 538 U.S. 721 (2003)
Newport News Shipbuilding & Dry Dock v. EEOC – 462 U.S. 669 (1983)
Nguyen v. INS – 533 U.S. 53 (2001) : 290
Nyquist v. Mauclet – 432 U.S. 1 (1977)
O'Connor v. Consolidated Coin Caterers – 517 U.S. 308 (1996)
Ohio ex.rel. Clarke v. Deckebach – 274 U.S. 392 (1927)
Olympic Airways v. Husain – 540 U.S. 644 (2004)
Oncale v. Sundowner Offshore – 523 U.S. 75 (1998) : 325
Pace v. Alabama – 106 U.S. 583 (1883)
Patterson v. McLean Credit Union – 485 U.S. 617 (1988)

Paul v. Virginia – 75 U.S. 168 (1869)
Peik v. Chicago & Nw Ry. – 94 U.S. 164 (1877)
Pennsylvania State Police v. Suders - xxx
Personnel Administration v. Feeney – 442 U.S. 256 (1979)
PGA Tour v. Martin – 532 U.S. 661 (2001)
Planned Parenthood v. Casey – 505 U.S. 833 (1992)
Plessy v. Fergusson – 163 U.S. 537 (1896)
Plyler v. Doe - 457 U.S. 202 (1982)
Price Waterhouse v. Hopkins - - 490 U.S. 228 (1989)
Raytheon v. Hernandez – 540 U.S. 44 (2003)
Re Griffiths – 413 U.S. 717 (1973)
Reed v. Reed – 404 U.S. 71 (1971)
Reeves v. Sanderson – 530 U.S. 133 (2000)
Richmond v. J.A. Croson – 488 U.S. 469 (1988)
Roe v. Wade – 410 U.S. 113 (1973)
Romer v. Evans – 517 U.S. 620 (1996)
Roper v. Simmons
Runyon v. McCrary – 427 U.S. 160 (1976)
Saenz v. Roe – 526 U.S. 489 (1999) : 284
Saint Francis College v. Al-Khazraji – 481 U.S. 604 (1987)
San Antonio School District v. Rodriguez – 411 U.S. 1 (1973)
Shaare Tefila Congregation v. Cobb – 481 U.S. 604 (1987)
Shapiro v. Thompson – 394 U.S. 618 (1969)
Sheet Metal Workers v. EEOC – 478 U.S. 421 (1986)
Shelley v. Kraemer – 334 U.S. 1 (1948)
Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson – 316 U.S. 535 (1942)
Smith v. City of Jackson -
Sosna v. Iowa – 419 U.S. 393 (1975)
St Mary's Honor Center v. Hicks – 509 U.S. 502 (1993)
State of Missouri ex rel. Gaines v. Canada – 305 U.S. 337 (1938)
Steelworkers v. Weber - 443 - U.S. 193 (1979) : 348
Stenberg v. Carhart – 530 U.S. 914 (2000)
Sugarman v. Dougall - 413 U.S. 634 (1973)
Sutton v. United Air Lines – 527 U.S. 471 (1999)
Sweatt v. Painter – 339 U.S. 629 (1950)
Swierkiewicz v. Sorema – 534 U.S. 506 (2002)
Teamsters v. United States – 431 U.S. 324 (1977) : 341
Tennessee v. Lane – 541 U.S. 509 (2004)
Terry v. Adams – 345 U.S. 461 (1953)
Texas Dept of Community Affairs v. Burdine – 450 U.S. 248 (1981)
Toll v. Moreno – 458 U.S. 1 (1982)
Toyota v. Williams – 534 U.S. 184 (2002)
Trans World Airlines v. Hardison – 432 U.S. 63 (1977)
United States v. Ballard – 322 U.S. 78 (1944)
United States v. Carolene Products – 304 U.S. 144 (1938)
United States v. J. Bass (per curiam) – 536 U.S. 862 (2002)
United States v. Paradise – 480 U.S. 149 (1987)
United States v. Virginia – 518 U.S. 515 (1996) : 289
University of California Regents v. Bakke – 438 U.S. 265 (1978) : 306
US Airways v. Barnett – 535 U.S. 391 (2002)

Vacco v. Quill – 521 U.S. 793 (1997)
Vance v. Bradley – 440 U.S. 93 (1979)
Vlandis v. Kline – 412 U.S. 441 (1973)
Wards Cove v. Atonio – 490 U.S. 642 (1989)
Washington v. Davis – 426 U.S. 229 (1976)
Washington v. Glucksberg – 521 U.S. 702 (1997)
Washington v. Seattle School Dist. – 458 U.S. 457 (1982)
Weber v. Aetna Casualty – 406 U.S. 164 (1972)
Webster v. Reproductive Health Services – 492 U.S. 490 (1989)
West Coast Hotel v. Parrish – 300 U.S. 379 (1937)
Whisenhunt v. Spradlin – 464 U.S. 965 (1983)
Wygant v. Jackson Board of Education – 476 U.S. 267 (1986)
Yick Wo v. Hopkins – 118 U.S. 356 (1886)
Zobel v. Williams – 457 U.S. 55 (1982)

Cour suprême du Canada

Adler c. Ontario - [1996] 3 R.C.S. 609
Andrews - [1989] 1 R.C.S. 143 : 361
Auton – [2004] 3 R.C.S.
Benner c. Canada – [1997] 1 R.C.S. 358
Bliss – [1979] 1 R.C.S. 183
Brooks v. Canada Safeway – [1989] 1 R.C.S. 1219
Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration) c. Canada - Canadian Foundation for Children, Youth and the Law – [2004] 1 R.C.S. 76
Colombie-Britannique c. BCGSEU dit « Meiorin » - [1999] 3 R.C.S. 3 : 408
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd - [1985] 2 R.C.S. 536
Corbiere – [1999] 2 R.C.S. 203
Dagenais – [1994] 3 R.C.S. 835
Delisle – [1999] 2 R.C.S. 989 : 392
Dunmore – [2001] 3 R.C.S. 1016
Eaton – [1997] 1 R.C.S. 241
Edmonton journal - [1989] 2 R.C.S. 1326
Egan – [1995] 2 R.C.S. 513
Eldridge – [1997] 3 R.C.S. 624 : 377
Génereux – [1992] 1 R.C.S. 259
Gosselin – [2002] 4 R.C.S. 429
Gosselin c. Québec - xx
Granovski – [2000] 1 R.C.S. 703
Haig – [1993] 2 R.C.S. 995
Harvey – [1996] 2 R.C.S. 876
Hess – [1990] 2 R.C.S. 906
Hodge c. Canada - [2004] 3 R.C.S.
Janzen c. Platy – [1989] 1 R.C.S. 1252
Lavoie – [2002] 1 R.C.S. 769 : 399
Law – [1999] 1 R.C.S. 497 : 384
Little Sisters Book – [2000] 2 R.C.S. 1120
Lovelace – [2000] 1 R.C.S. 950

M. c. H – [1999] 2 R.C.S. 3
Martin et Laseur – [2003] 2 R.C.S. 504
McKinney – [1990] 3 R.C.S. 229
Miron – [1995] 2 R.C.S. 418
Oakes – [1986] 1 R.C.S. 103 : 367
Ontario Homeowners c. Conseil scolaire de la Région de York - [1996] 2 R.C.S. 929
Québec c. Boisbriand – [2000] 1 R.C.S. 665
Quong Wing v. The King - [1914] SCR 440
R c. Big M Drug Mart - [1985] 1 R.C.S. 295
R. c. Malmo-Levine – [2003] 3 R.C.S. 571
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe – [2004] 3 R.C.S.
Rodriguez – [1993] 3 R.C.S. 519
Sauvé – [2002] 3 R.C.S. 519
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd - [1986] 2 R.C.S. 573
Siemens – [2003] 1 R.C.S. 6
Singh - [1985] 1 R.C.S. 177
Skapinker - [1984] 1 R.C.S. 357
Stoffman – [1990] 3 R.C.S. 483
Symes – [1993] 4 R.C.S. 695
Syndicat Northcrest v. Amselem – [2004] 2 R.C.S. 551
Terre-Neuve c. N.A.P.E. – [2004] 3 R.C.S.
Tetrault-Gadoury – [1991] 2 R.C.S. 22
Therrien – [2001] 2 R.C.S. 3
Thibaudeau – [1995] 2 R.C.S. 627
Trociuk - [2003] 1 R.C.S. 835
Turpin – [1989] 1 R.C.S. 1296 : 364
University Trinity Western – [2001] 1 R.C.S. 772
Vriend c. Alberta – [1998] 1 R.C.S. 493
Walsh – [2002] 4 R.C.S. 325
Weatherall – [1993] 2 R.C.S. 872
Winko – [1999] 2 R.C.S. 625 : 393

COURS FEDERALES AUSTRALIENNES

• High Court

Al-Kateb v. Godwin – [2004] HCA 37
Australian Iron & Steel Pty v. Banovic – (1989) 168 CLR 165 : 435
Briginshaw v. Briginshaw - (1938) 60 CLR 336
Gerhardy v. Brown – (1985) 159 CLR 70
Goryl v. Greyhound Australia – (1994) 179 CLR 463
Koowarta v. Bjelke-Petersen – (1982) 153 CLR 168
Kruger v. Commonwealth – [1997] HCA 27
Leeth v. Commonwealth – (1992) 174 CLR 455
Purvis v. New South Wales – (2003) 202 ALR 133 : 424
Putland v. The Queen - [2004] HCA 8
Qantas Airways Ltd v. Christie – [1998] HCA 18
Shaw v. Minister for Immigration – [2003] HCA 72
Street v. Queensland Bar Association – (1989) 168 CLR 461 : 414
University of Wollongong v. Metwally – (1984) 158 CLR 447

Viskauskas v. Niland – (1983) 153 CLR 280
Waters v Public Transport Corp – (1991) 173 CLR 349 : 419
Western Australia v. Ward – [2002] HCA 28
X v. The Commonwealth – [1999] HCA 63

- **Federal Court**

A school v. HREOC 1998 – [1998] FCA 1437
Barghouti v. Transfield Pty Ltd – [2002] FCA 478
Brannigan v. Commonwealth of Australia – [2000] FCA 1591
Clarke v. Catholic Education Office – [2003] FCA 1085
Commonwealth Bank of Australia v. HREOC – [1997] FCA 1311 : 436 -437
Commonwealth of Australia v. Evans – [2004] FCA 654
Commonwealth of Australia v. HREOC (Bradley) - [1999] FCA 1524
Commonwealth of Australia v. HREOC (Dopking n° 1) – (1993) 46 FCR 191 : 217 - 423
Commonwealth of Australia v. HREOC (Dopking n° 2) - 1995
Commonwealth of Australia v. HREOC (Hagar) – [1997] FCA 664
Commonwealth of Australia v. HREOC (Hamilton) - [2000] FCA 1854
Commonwealth of Australia v. HREOC (Kelland) – [1998] FCA 137
Commonwealth of Australia v. HREOC (Muller) – [1998] FCA 138
Cooper v. Human Rights & Equal Opportunity Commission [1999] FCA 180
Cosma v. Qantas Airways Ltd – [2002] FCA 640
Creek v. Cairns Post – [2001] FCA 1007
Daghlian v. Australian Postal Corporation – [2003] FCA 759
De Silva v. Minister of Immigration – [1998] FCA 95
De Silva v. Minister of Immigration (appel) – [1998] FCA 1496
Dr Siddiqui - 1996
Edgley v. Federal Capital Press – [2001] FCA 379
Elliott v. Nanda – [2001] FCA 418
Ferneley v. The Boxing Authority of New South Wales – [2001] FCA 1740
Fetherston v. Peninsula Health – [2004] FCA 485
HREOC v. Mt Isa Mines – (1993) 46 FCR 301
Jacomb v. Australian Municipal Administrative Clericaland Services Union – [2004] FCA 1250
Jones v. Scully [2002] FCA 1080
Macabenta v. Minister of State for Immigration – [1998] FCA 1643
Mardsen v. HREOC – [2000] FCA 1619
McBain v. State of Victoria – [2000] FCA 1009
McGlade v. Lightfoot – [2002] FCA 1457
Power v. Aboriginal Hostels Ltd – [2003] FCA 1475
Purvis v. New South Wales, (appel) - [2002] FCA 503
QBE Travel Insurance v. Bassanelli – [2004] FCA 396
Re Aldridge – (1988) 80 ALR 1
Re Susan Hall – (1989) 20 FCR 217
Rocklea Spinning Mills – (1995) 37 ALD 405
Sharma v. Legal Aid Queensland - [2001] FCA 1699
Sluggett v. HREOC – [2002] FCA 987
State of New South Wales v. HREOC (Purvis) – [2001] FCA 1199
State of Victoria v. Macedonian Teachers Association of Victoria – [1998] FCA 21
Tate v. Rafin – [2000] FCA 1582

Thomson v. Orica Australia – [2002] FCA 939
Y v. HREOC – [2004] FCA 184

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE 5

I^{ère} PARTIE

Le juge et le législateur communautaires 17

Section préliminaire Origine du principe d'égalité et ses expressions spécifiques dans le traité CE	18
I – Le principe d'égalité, règle supérieure de droit	18
II – Expressions spécifiques	19
III – Application à géométrie variable	29

Chapitre I : L'élaboration des concepts – Développement de la jurisprudence traditionnelle (1955 – 1986) 32

Section 1 Traité CECA et premiers pas dans le traité CEE (1955-1968)	32
§1- Emergence des concepts dans la jurisprudence sur le traité CECA	32
I – Affirmation des premiers principes généraux	33
II – Importance de la condition de la comparabilité des situations	35
III – Incertitudes théoriques et comportement pragmatique de la Cour	37
§2 - Premiers pas vers « l'âge d'or » de la jurisprudence sur le traité CEE	38
I – Ambiguïté de l'arrêt <i>Gouvernement de la République italienne c. Commission</i>	38
II – Premiers indices d'une approche à géométrie variable	40
III – Etat des lieux à la fin de la période transitoire	43
Section 2 Consécration de la jurisprudence « traditionnelle » (1969 – 1979)	44
§1 - Définition théorique et affinement des concepts	45
I – L'arrêt <i>Rückdeschel</i> , définition du principe d'égalité	45
II – L'importance confirmée de la comparabilité des situations	47
III – Discriminations <i>directes</i> et <i>indirectes</i> , émergence de la distinction	49
1) L'arrêt <i>Sotgiu</i> dans la libre circulation des personnes et des services	49
2) L'arrêt <i>Defrenne II</i> dans l'égalité entre hommes et femmes	52
IV - Concept de « traitement égal »	53
1) Absence de soumission à certaines obligations dans l'Etat membre d'accueil	54

2) Soumission à une obligation spécifique dans l'Etat membre d'accueil	54
§2 – L'application à géométrie variable dans la libre circulation	55
I – Rôle marginal dans la libre circulation des marchandises	55
II – Rôle central dans la libre circulation des personnes	56
1) La libre circulation des travailleurs	58
2) Le droit d'établissement	59
3) La libre prestation des services	59
§3 – Portée et limites du principe d'égalité	60
I – Invocation à l'encontre de son propre Etat membre	60
II – Le principe d'égalité peut-il imposer des obligations <i>positives</i> ?	61
III – Principe d'égalité et principe de légalité	63
Section 3 Premières ruptures avec la jurisprudence traditionnelle (1980-1986)	63
§1 – Marchandises : exigence impérative et mesure indistinctement applicable, une relation ambiguë	64
I – De <i>Commission c. Allemagne</i> (« Sekt ») à <i>Cassis de Dijon</i>	64
II – Nature de l'exigence impérative	67
1) L'arrêt <i>Cassis de Dijon</i>	68
2) L'ambiguïté du raisonnement	69
3) « Exigences impératives » et « circonstances objectives »	71
III – L'exigence impérative, justification d'une mesure indistinctement applicable	71
1) L'ambiguïté originelle du concept de « mesure indistinctement applicable »	71
2) L'exigence impérative, soutien d'une mesure formellement ou réellement indistinctement applicable ?	72
§2 -Services : premiers glissements	73
I – La notion de traitement égal (suite)	74
1) L'absence de soumission à certaines obligations dans l'Etat membre d'accueil	74
2) L'arrêt <i>Webb</i> – la nature particulière de certaines prestations	75
II – L'arrêt <i>Seco</i> , première faille dans le concept de discrimination indirecte	76
§3 – Maintien de la jurisprudence traditionnelle dans les autres domaines	77
I – La libre circulation des travailleurs	77
II – La politique agricole commune et le contentieux de la fonction publique	78

§4 - L'arrêt Jenkins, une définition spécifique de la discrimination indirecte dans l'égalité entre hommes et femmes	80
Conclusions du premier chapitre	83
Chapitre II : La perte des repères – l'avènement de l'approche casuistique (1986 – 2005)	85
Section 1 Le 4 décembre 1986, date pivot dans la jurisprudence ?	85
§1 – Marchandises : l'exigence impérative comme justification d'une entrave	86
I – L'arrêt <i>Pétillant de raisons</i>	86
II – Caractère réellement novateur du raisonnement ?	87
§2 - Services : vers une interdiction des entraves ?	89
I – L'arrêt <i>Commission c. Allemagne</i> (« coassurances »)	89
II – Caractère réellement novateur du raisonnement ?	90
Section 2 De la discrimination à l'entrave dans la libre circulation, les années charnières (1987-1993)	92
§1 – Marchandises : le mystère non résolu de la raison impérieuse	93
§2 – Services : glissement définitif de la discrimination à l'entrave ?	96
I – Les arrêts <i>guides touristiques</i>	96
II – Les arrêts <i>Gouda, Commission c. Pays-Bas et Säger</i>	97
1) La formulation, révélateur du glissement dans le raisonnement ?	98
2) Nature et rôle de la raison impérieuse ?	99
§3 – Travailleurs : les premières dérives	101
I – L'arrêt <i>Stanton</i> , le recours à la notion d'entrave	101
1) L'arrêt	101
2) Sa critique	102
II – L'arrêt <i>Allué I</i> , la timide apparition des raisons impérieuses	103
1) L'arrêt	103
2) Les zones d'ombre	103
III - Ultime confirmation de la jurisprudence traditionnelle	104
§4 : L'avènement définitif de l'« entrave » et de la « raison impérieuse »	106
I – Travailleurs, justification d'une discrimination indirecte par une raison impérieuse	106
1) L'arrêt <i>Bachmann</i>	106

2) Sa critique	107
II – Travailleurs et établissement, de la discrimination à l'entrave	108
1) L'arrêt <i>Kraus</i>	108
2) Sa critique	109
III – Marchandises, renversement des valeurs ou approche réaliste ?	110
1) L'arrêt <i>Keck</i>	110
2) Son influence dans la libre circulation des marchandises	112
3) Son influence dans libre circulation des personnes et la libre prestation des services	114

Section 3 De la discrimination à l'égalité ? Les années de quête (1994-2005)

	116
§1 - Le concept de discrimination : un concept en quête de sens	116
I – Personnes et services, un concept en mutation ou en perdition ?	116
1) La discrimination <i>indirecte</i> , une discrimination ?	118
2) La justification de la discrimination indirecte, le chaos de la méthode casuistique	123
3) La justification de la discrimination directe par une raison impérieuse ?	127
4) Une situation insatisfaisante	133
II – Marchandises, le statu quo	133
III – Egalité entre hommes et femmes, un concept en évolution	136
1) La comparabilité des situations	137
2) La discrimination directe et l'impossibilité de la justifier	139
3) La discrimination indirecte et les motifs pouvant la justifier	144
4) L'action positive, une évolution aux fondements incertains	148
5) Conversion sexuelle et orientation sexuelle : discriminations fondées sur le sexe ou concepts distincts ?	160

§2 – L'égalité : un concept à redécouvrir ? 166

I – Tribunal, attitude volontariste dans le contentieux de la fonction publique	168
1) L'approche <i>Burrill</i>	168
2) L'approche <i>C.</i>	171
II – Cour, attitude réservée dans la libre circulation des travailleurs et l'égalité entre hommes et femmes	174

Section 4 Le Constituant et le législateur communautaires : avancées et occasions manquées 177

§1 – De la race à l'orientation sexuelle : une « théorie de l'emprunt » maîtrisée ? 179

I – La directive 2000/43, l'interdiction des discriminations fondées sur la race	179
1) Un champ d'application personnel nécessairement indéfini ?	179
2) La discrimination <i>indirecte</i> , une définition judicieuse	180

3) Légitimité des actions positives ... dans tous les domaines ?	182
II – La directive 2000/78, l'interdiction des discriminations fondées sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle	182
1) Le harcèlement, une discrimination ?	183
2) La discrimination indirecte et le handicap	185
3) Des actions positives... légitimes ?	186
4) La religion et la libre circulation des travailleurs en Irlande du Nord	187
§2 – Le sexe dans la directive 76/2007, une « théorie des dominos » réfléchie ?	188
I - La discrimination <i>indirecte</i> , une définition ambiguë	188
II - Le harcèlement sexuel, une atteinte discriminatoire à la dignité ?	189
§3 – La Constitution : quand le Constituant ajoute à la confusion	191
Conclusions du second chapitre	196
Conclusions de la première partie	197

II^e PARTIE

La jurisprudence d'autres cours suprêmes 199

Chapitre I - La Cour européenne des droits de l'homme 201

Section 1 Le rôle ambigu de l'article 14 de la CEDH	203
§1 - Jurisprudence clair obscur de la Cour européenne	204
I – L'arrêt <i>régime linguistique</i> , la définition de la discrimination	204
II – L'article 14, un rôle clair en théorie	206
1) Absence de caractère indépendant	206
2) Mais portée autonome	210
III – Un rôle ambigu en pratique	213
§2 – L'importance de la marge de discrétion laissée aux Etats	218
§3 – Les faiblesses de l'article 14	224
I – Preuve d'une discrimination au-delà de tout doute raisonnable	224
II – Absence de protection contre les discriminations de faible importance	225
III – Absence de protection pour les <i>groupes</i> défavorisés ?	227
Section 2 L'approche casuistique de la Cour européenne	231
§1 – Les étapes du raisonnement	232

I – Comparabilité des situations et justification d’une différence de traitement	232
1) Comparabilité des situations ...	232
2) ... Ou justification d’une différence de traitement ?	236
II - Caractère légitime du but poursuivi et rapport raisonnable de proportionnalité	239
 §2 – La hiérarchisation des motifs prohibés	 241
I – La justification objective de la discrimination	241
II – La justification par des considérations très fortes de certaines discriminations	243
1) L’arrêt <i>Abdulaziz</i>	243
2) Liste des motifs spéciaux	244
3) Une jurisprudence fluctuante	246
 §3 - Cour européenne et Cour de justice : éléments de convergence et de divergence	 253
I – Distinction entre discriminations directes et indirectes	254
II – Emprunt du concept de raison impérieuse	255
III – Possibilité de jurisprudences contradictoires ?	256
 Conclusions	 259

Chapitre II - La Cour suprême des Etats-Unis 260

Section 1 Le XIV ^e Amendement à la Constitution, une protection constitutionnelle hiérarchisée de l’égalité	262
 §1 - Des discriminations odieuses aux différences de traitement rationnelles	 267
I – De <i>Plessy</i> à <i>Brown</i> , la lente émergence d’un droit constitutionnel à l’égalité	267
1) L’arrêt <i>Plessy</i> , la doctrine « separate but equal »	267
2) L’arrêt <i>Brown</i> , l’abandon de la doctrine « separate but equal »	269
II – Les discriminations odieuses, soumises au test le plus strict	271
1) La race et l’origine ethnique	271
2) Les droits fondamentaux	274
3) Le fait d’être étranger	278
4) La durée de résidence dans un état	280
III – Les discriminations fondées sur le sexe, soumises à un test intermédiaire strict	283
IV – Les autres discriminations, soumises au test de rationalité le plus souple	290
1) L’orientation sexuelle	291
2) Le suicide médicalement assisté	296
3) L’âge	297
V – La Cour suprême US, source d’inspiration pour la Cour de justice ?	298

§2 - La discrimination indirecte et l'intention discriminatoire	300
§3 - La constitutionnalité limitée des mesures d'affirmative action	304
I - L'arrêt <i>Bakke</i> , le fondement théorique	304
II - De <i>Fullilove</i> à <i>Adarand</i> , l'évolution restrictive dans l'emploi	307
III - Les arrêts <i>Gratz</i> et <i>Grutter</i> , la légitimité limitée dans l'éducation	311
Section 2 Civil Rights Act, ADEA et ADA, les méandres de l'interdiction des discriminations	316
§1 - L'interprétation difficile des motifs prohibés	320
I - Le harcèlement sexuel, une <i>discrimination</i> fondée sur le sexe ?	320
1) L'arrêt <i>Meritor Savings Bank</i> , l'interdiction du harcèlement – environnement hostile	321
2) L'arrêt <i>Oncale</i> , le harcèlement « homme-homme », une discrimination ?	323
3) Les arrêts <i>Davis</i> et <i>Gebster</i> , les questions sans réponse	325
II - L'origine nationale, une coquille vide ?	328
III - Le handicap, une protection limitée	330
1) La notion de « handicap »	330
2) La limite des « arrangements raisonnables »	332
§2 - La protection complexe contre les discriminations	335
I - L'arrêt <i>McDonnell Douglas</i> , le <i>individual disparate treatment</i>	336
II - L'arrêt <i>Teamsters</i> , le <i>systemic disparate treatment</i>	339
III - L'arrêt <i>Griggs v. Duke Power</i> , le <i>systemic disparate treatment</i>	341
§3 - La légalité validée des mesures d'affirmative action	346
I - L'arrêt <i>Weber</i> , l'affirmation du principe	346
II - L'arrêt <i>Johnson</i> , la légalité confirmée des programmes volontaires	348
Conclusions	353

Chapitre III - La Cour suprême du Canada 355

Section 1 Le rejet de l'approche aristotélicienne	358
§1 - L'arrêt <i>Andrews</i>	359
I - Le rejet de la jurisprudence antérieure à la Charte	359
II - Le choix d'une approche fondée sur les « motifs énumérés ou analogues »	361
III - La justification d'une discrimination	363
1) Le rapport entre l'article 15(1) et l'article 1 ^{er} de la Charte	364
2) Le « test de <i>Oakes</i> », la notion de « limite raisonnable »	365

§2 - L'application contrastée de l'arrêt <i>Andrews</i>	367
I – Les germes de la confusion	368
1) Une méthode d'analyse, mais des interprétations divergentes	368
2) L'arrêt <i>Dagenais</i> , une reformulation du test de <i>Oakes</i> ?	368
3) Une approche différente selon les motifs de discrimination ?	369
II – Conséquences pratiques du rejet d'une approche aristotélicienne	376
§3 - Discriminations directes et indirectes, une distinction sans conséquence	380
Section 2 La reformulation de la méthode fondée sur l'atteinte à la dignité humaine	382
§1 - L'arrêt <i>Law</i>	382
I – Méthode à suivre et objet de l'article 15 (1)	383
II – Eléments essentiels de la nouvelle approche	384
1) Le choix du comparateur	385
2) Les facteurs contextuels	386
III – Application à Mme Law et synthèse	387
§2 - Les impasses de la méthode	389
I – L'arrêt <i>Law</i> , un arrêt diversement interprété	389
II – Limites de l'approche fondée sur le raisonnement d'une « personne raisonnable »	390
1) L'arrêt <i>Delisle</i> , la description du raisonnement	390
2) L'arrêt <i>Winko</i> , le malade mental, une personne raisonnable ?	391
III – Crédibilité du raisonnement fondé sur l'atteinte à la dignité humaine	392
1) Une approche surréaliste ?	392
2) En tout cas une méthode (presque) exclusivement subjective	393
§3 – L'approche unifiée des discriminations et le rôle limité de l'affirmative action	405
I – L'arrêt <i>Meiorin</i> , le rejet d'une distinction factice	406
II – L'absence de portée indépendante de l'article 15(2)	407
Conclusions	409
 Chapitre IV – La High Court et la Federal Court australiennes	410
Section 1 La discrimination <i>directe</i> : une approche différenciée selon le motif	416
§1 - Nette séparation entre discriminations <i>directes</i> et <i>indirectes</i>	417
§2 - Définitions différentes selon le motif prohibé	418

§3 - Caractéristiques essentielles	420
I – Différence de traitement « fondée » sur « un motif »	420
1) Nécessité d'établir un lien causal	421
2) Interprétation extensive des motifs interdits	423
3) Caractère hypothétique du comparateur	423
II – Absence de pertinence d'une <i>intention</i> discriminatoire	425
III – Une discrimination directe ne peut être justifiée	426
Section 2 La discrimination <i>indirecte</i> : une approche fort subjective	428
§1 - Définitions différentes selon le motif prohibé	429
§2 - Identification du bon groupe comparateur	433
§3 – La discrimination « raisonnable »	435
 Conclusions	 437
Conclusions de la deuxième partie	438

III^e PARTIE

Evaluation critique de l'approche comparatiste 440

Chapitre I : Enseignements essentiels 441

Section 1 Mérites et limites	441
§1 - L'approche comparatiste, une approche justifiée ?	441
I – Le constat actuel	442
II – Nécessité d'une évolution de l'approche de la Cour de justice ?	444
§2 - Modulation de l'approche comparatiste	446
I – Les limites	446
II – Les variations dans l'emprunt aux autres ordres juridiques	447
1) Une approche différenciée selon le motif de discrimination	447
2) L'exemple ambigu de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne	451
3) Cas pratiques : le port du voile et le harcèlement sexuel	457
4) Synthèse	460
 Section 2 De l'égalité à l'équité	 460
§1 - Egalité et non-discrimination, une relation ambiguë	460

§2 - Égalité, non-discrimination et équité : une relation inavouée	465
Section 3 Structure du raisonnement	475
§1 - La comparabilité des situations	476
§2 - Le critère de différenciation	480
§3 - La justification des différences de traitement	485
I – La hiérarchisation des motifs de discrimination	485
II – La pertinence de la distinction entre discriminations <i>directes</i> et <i>indirectes</i>	496
Section 4 Égalité et non-discrimination : place et portée	505
§1 - Le principe d'égalité	506
§2 – Les motifs prohibés de discrimination	507
I – La race	507
II – La nationalité	511
III – Le sexe	515
IV – La religion	519
V – Le handicap	523
VI – L'orientation sexuelle	525
VII – L'âge	527
 Chapitre II - Propositions pour une nouvelle approche	 530
Section 1 Égalité ou non-discrimination ?	530
§ 1 – Vers une reconnaissance d'un véritable principe d'égalité ?	531
I – Une hiérarchisation de l'égalité	531
II – Ses conséquences	534
§ 2 – ... Ou une interdiction différenciée des discriminations ?	535
I – Une hiérarchisation des motifs de discrimination	535
II – Une hiérarchisation fixe ou à géométrie variable ?	536
Section 2 Redéfinition des concepts et du rôle de la Cour de justice	537
§1– Discrimination, entrave et raison impérieuse, un sens retrouvé	538
I – La discrimination directe et sa justification	538
II – La discrimination indirecte et sa justification	540
III – L'entrave et sa justification	542
§2– Transparence et variation dans le contrôle de la Cour de justice	544

I – En présence d’une discrimination directe	545
II – En présence d’une discrimination indirecte	547
III – En présence d’une entrave	549

CONCLUSION	551
-------------------	------------